Philosophie

Die Billigkeit im philosophischen Rechtsdenken

Untersuchung zur Axiomatik des Rechts

mit besonderer Berücksichtigung der
neueren deutschen Rechtsphilosophie

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

genehmigt

von der Philosophischen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn

von

Carl Joseph Hering
aus Aachen

Buch- und Kunstdruckerei Wilh. Postberg, Bottrop i. W.
1938

Berichterstatter:

Prof. Dr. Erich Rothacker,
Professor Dr. Siegfried Behn.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Vorwort.

Die vorliegende Arbeit will einen Beitrag zur Axiomatik des Rechts erstellen; sie versucht, Faktum und Theorie der Billigkeit nach den geschichtlichen Befunden des rechtsphilosophischen Denkens in axiomatischer Absicht aufzuweisen.

Die Frage nach den Grundlagen des Rechts ist in den letzten 100 Jahren — besonders in Deutschland — viel erörtert worden. Im wesentlichen war diese Erörterung eine Auseinandersetzung zwischen den Naturrechtstheorien und dem Rechtspositivismus. Seitens des Rechtspositivismus geschah diese Auseinandersetzung nicht immer mit hinreichender rechtsphilosophischer Sachkenntnis. Bisweilen begegnet statt Unterscheidung Polemik. Trotzdem trug der Rechtspositivismus den Sieg davon, indem er im offiziellen Rechtsleben — von wenigen Ausnahmen abgesehen — verbindlich wurde.

Sichtet man aber die einschlägige Literatur der besagten Zeit genauer, so findet sich durchgängig, daß der Glaube an natürliche Grundlagen des Rechts keineswegs erstorben war. Besonders im Volke und in der Rechtsphilosophie lebte er weiter, wenn auch ohne offizielle Geltung: im Volke aus der instinktiven Abneigung gegen Buchstabengerechtigkeit, in der Rechtsphilosophie aus der tieferen Einsicht in die größeren Zusammenhänge. Auch findet sich, daß selbst der Rechtspositivismus, obzwar er sich von der Rechtsphilosophie völlig abgewandt hatte, oft mit nicht mehr philosophisch begriffenen naturrechtlichen Vorstellungen arbeitete. Allgemein aber drängte der Rechtspositivismus, seiner Tendenz zur Dogmatisierung gemäß, die natürlichen Elemente des Rechts bis auf einen praktisch unvertilgbaren Rest zurück. Zu diesem unvertilgbaren Rest zählt auch die Billigkeit, von der unsere Untersuchung ausgeht. Sie nahm eine zentrale Stellung ein in dem Schrifttum über Gesetzeslücken und richtige Rechtsanwendung. Die Billigkeit stand für das natürliche und gesunde Rechtsempfinden. Von diesem entfernte sich der Rechtspositivismus umso mehr, je weiter er sich in der Praxis vom Volke und in der Theorie von der Rechtsphilosophie mit ihrer Natur- und Totalbezogenheit abhob.

Erst dem neuen deutschen Rechtsstreben mit seinen natürlichen Impulsen wurde es möglich, den offiziellen Rechtspositivismus zu brechen. In der Gesetzgebung des neuen Reiches, die

sich auf die natürlichen Grundlagen des Volkes beruft, findet die Billigkeit wieder eine zentrale Stellung, wovon das Reichserbhofgesetz, die neue Justizausbildungsordnung, das Wehrsteuergesetz u. a. Gesetze (vergl. § 3) eindeutig Zeugnis ablegen. Mit dieser praktischen Rückwendung zu den natürlichen Gründen des Rechts war die theoretische Frage nach dem Wesen dieser Gründe aufs neue gestellt und bereits ein Hinweis zu ihrer Beantwortung gegeben. Nicht als ob die Antwort vorweggenommen wäre oder vorweggenommen werden könnte. Sie wird mit strenger Erkenntnisbemühung — natura spirituque duce — zu suchen und Satz für Satz zu erarbeiten sein.

Wenn nun in diesem Sinne hier versucht wird, die Axiomatik des Rechts von der Billigkeit aus zu erhellen — ein Versuch, der, soll er im kleinen Rahmen zu Ergebnissen führen, sehr eingeschränkt werden muß und nur eine Vorarbeit sein kann —, so geschieht es, weil die Billigkeit ein ursprüngliches, unmittelbar erlebbares Kriterium des Rechts ist, dem die Rechtsphilosophie allzeit besondere Aufmerksamkeit geschenkt hat. Wenn auch noch nicht versucht wurde, von diesem so manifesten Kriterium aus ausdrücklich auf die Axiomatik des Rechts zu schließen, so geben doch die zahlreichen anderen Erörterungen der Rechtsphilosophie über die Billigkeit viele Daten zu einer axiomatischen Untersuchung an Hand. Dazu soll die vorliegende Arbeit einen Ansatz bieten. Bezüglich dieser Daten steht die neuere, besonders die neuere deutsche Rechtsphilosophie mit der älteren und alten Rechtsphilosophie in einem tiefgründigen und weitgespannten Zusammenhang von rechtsaxiomatischer Transparenz. Auf diesen Zusammenhang, der dem Rechtspositivismus nicht bewußt war, soll hier in axiomatischer Absicht eingegangen werden.

Dabei sei angestrebt, aus dem Größeren und Ganzen des rechtsphilosophischen Denkens, das unserem Volke und seinem Rechtsempfinden allgemein und gegenwärtig besonders Zukömmliche tiefer zu verstehen und wiederum aus dem tieferen Verständnis des Eigenen naheliegende Orientierungspunkte für die Axiomatik des Rechts im allgemeinen zu gewinnen.

Der Verfasser ist Herrn Professor Dr. Erich Rothacker in Bonn für wiederholte und aufschlußreiche Beratung in tiefer Dankbarkeit verbunden. Großen Dank schuldet er auch seinen anderen Lehrern sowie seinen Freunden und Gönnern in vielfältiger Beziehung.

Uebersicht.

Seite

Vorwort 3
Uebersicht 5
Abkürzungen 9
Literatur 10

I. Ueber die Billigkeit und die Axiomatik des Rechts im allgemeinen: Grundlinien der Untersuchung.

Die Bedeutung der Billigkeit für die Erschließung der Rechtsaxiomatik.
§ 1. 14

Abgrenzung der Untersuchung als einer rechtsphilosophischen Voruntersuchung.
§ 2. 14

Die methodologische Bedeutung des geschichtlichen Verlaufs der Theorie der Billigkeit.
§ 3. Grundlinien des Verlaufs — Thematik und Problematik der Billigkeit — Die Billigkeit im neuen deutschen Rechtsstreben 16
§ 4. Naturrecht als hypothetische Voraussetzung — Berichtigungen — Kontinuität der rechtsphilosophischen Erkenntnisbemühungen 18
§ 5. Ordnung der Begriffe 21
Gang der Untersuchung.
§ 6 22

II. Die Billigkeit im Aufbau der universalistischen Naturrechtstheorie (Zur Thematik der Billigkeit, I).

Etymologisches.
§ 7. Sprachliche Verwandtschaft von Billigkeit und Recht . 23

Billigkeit im vorgeschichtlichen Recht.
§ 8. ius aequum — ius strictum — ethnologische Rechtsforschung — Zusammenfallen der Grundelemente des Rechts 25

Die Grundlegung der Theorie der Billigkeit (ἐπιείκεια) bei den Griechen.
§ 9. Sophisten — Platon: Billigkeit der Nachsicht — Aristoteles: geometrische Rechtsgleichheit, Billigkeit der Gesetzesverbesserung 27
§ 10. Epikuräer — lehrten nicht nur Rechtspositivismus — Prinzip der Gegenseitigkeit 28
§ 11. Stoiker — Bedeutung für die Theorie der Billigkeit . . 29

Die Billigkeit (aequitas) in der Praxis der Rechtsfindung bei den Römern.

Seite

§ 12. Aequitas als allgemeine Praxis — Cicero: religiöse Vertiefung — Antinomie der aequitas 30

Die charitative Billigkeit der Patristik.

§ 13. Lex-aeterna-Lehre — Sklaverei 32

Die rechtsschöpferische und korrigierende Billigkeitsjustiz bei den Germanen.

§ 14. Rechtshöfe und Billigkeitshöfe — Billigkeit als germanische Herrschertugend 34

Antinomie der Billigkeit in den frühmittelalterlichen Rechtsschulen.

§ 15. Bologna: aequitas scripta 36

Die Billigkeit in der physisch-metaphysisch begründeten Naturrechtstheorie der Hochscholastik.

§ 16. Die realistisch - ethisch - transzendente Naturrechtslehre des Thomas v. Aquin 37

§ 17. Die aequitas als species iustitiae bei Thomas v. Aquin . 41

§ 18. Die aequitas als superior regula bei Cajetan — der contrarius defectus 42

Die auf die Praxis gerichtete Ausgestaltung der Billigkeitstheorie in der Spätscholastik und der beginnenden Neuzeit.

§ 19. Die Billigkeit im abendländischen Schisma 43

§ 20. Die Equity im englischen Kanzlergericht 43

§ 21. Die aequitas in Spanien und Italien — Suarez — Alfons v. Liguori 44

§ 22. Die aequitas im Protestantismus — Luther — Oldendorp 45

III. Die Billigkeit im Abbau der universalistischen Naturrechtstheorie (Zur Thematik der Billigkeit, II).

Die Emanzipation der rechtsphilosophischen Traditionselemente und die durchgängige Gleichförmigkeit der Billigkeit im Nebeneinander der Traditionen.

§ 23. Emanzipation der Teile — stoische und epikuräische Tradition — die neuzeitlichen Naturrechtstheorien — Gleichförmigkeit der Billigkeit 47

Die Billigkeit im rationalistisch-anthropologisch verstandenen Naturrecht des 17.—18. Jhdts.

§ 24. Grotius: aequitas als naturrechtliche correctrix 50

§ 25. Hobbes: aequitas als lex naturae qua bonum morale . . 51

§ 26. Thomasius: aequitas — iniquitas 54

§ 27. Rousseau: öffentlich-rechtliche Billigkeit 54

Die Billigkeit im materialistisch-anthropologisch verstandenen Naturrecht des 18. Jhdts.

§ 28. Allgemeines — Billigkeit aus Mitleid und zur Wohlfahrt — Holbach 55

Die Billigkeit im rationalistisch-scholastisch verstandenen Naturrecht des 17.—18. Jhdts.

§ 29. Leibniz: aequitas als caritas — convenance 56

§ 30. Wolff: aequitas als Beobachtung ursprünglicher und unvollkommener Rechte 57

Die Billigkeit im Vernunftrecht des 18. und 19. Jhdts.

§ 31. Kant: Billigkeit als Recht ohne Zwang — Zusammenhang von Recht und Moral 59

§ 32. Herbart: Billigkeit als Störungsausgleich 59

Seite

§ 33. J. G. Fichte: naturrechtliche und rechtspositivistische Erwägungen 60
§ 34. Hegel: Billigkeit zur Interpolation der rechtlichen Reste 60
§ 35. Schopenhauer: Billigkeit als Feind der Gerechtigkeit . . 61
§ 36. Ueberblick 61

Die Billigkeit in der Historischen Rechtsschule: Fortsetzung naturrechtlicher Traditionen.
§ 37. Savigny: Billigkeit als allgemeines Rechtsmoment . . . 62
§ 38. Stahl: moralische Bedeutung der Billigkeit 64
§ 39. Ende der Thematik der Billigkeit 65

IV. Die Billigkeit als naturrechtliches Moment in der neueren deutschen Rechtsphilosophie (Zur Problematik der Billigkeit).

Allgemeines.
§ 40 66

Der Abbruch der naturrechtlichen Tradition im Rechtspositivismus.
§ 41. Statt Rechtsphilosophie allgemeine Rechtslehre — historische Bedingungen — der Geist der Kodifikationen . . 67

Die Billigkeit in der Beschränkung des Rechtspositivismus und die rechtstheoretische Verengung.
§ 42. Bergbohm: lehnt Billigkeit ab 69
§ 43. Gillis: aequitas scripta 70
§ 44. Rümelin: Durchbrechung der positivistischen Enge . . 71
§ 45. Unabdingbarkeit der Billigkeit in der Rechtspraxis — Generalklauseln 73

Der logische und zugleich psychobiologische Charakter der Billigkeit.
§ 46. Ed. v. Hartmann: Billigkeit als Prinzip der Vernunftmoral 74
§ 47. Jhering: Rechtsgefühl 75
§ 48. A. Lasson: Billigkeit als rechtverbesserndes Moment . . 75
§ 49. E. I. Bekker: die Billigkeit als rechtspädagogisches Problem 76
§ 50. K. H. Schmitt: Billigkeit und Rechtsüberzeugung . . . 77

Die Billigkeit und der Zusammenhang von Recht und Moral.
§ 51. Allgemeines 78
§ 52. Trendelenburg: Billigkeit nach Platon und Aristoteles . 79
§ 53. Burckhardt: logische und ethische Fehler des Gesetzes . 79
§ 54. O. Fischer: Billigkeit als Funktion der Sittlichkeit . . 80
§ 55. Gierke: ius aequum — ius strictum — Sittlichkeit als integrierendes Moment des Rechts 80

Die Billigkeit als formale Grundlage und Ideal des Rechts.
§ 56. Die Freirechtsbewegung: Reaktion gegen Rechtspositivismus 83
§ 57. G. Kiß: Billigkeit als Auslegungs- und gesetzesbildendes Prinzip 84
§ 58. Schmölder: Billigkeit als Grundlage des Rechts 85
§ 59. Binder: Billigkeit als Prinzip steter Gesetzesverbesserung 86
§ 60. Kohler: Billigkeit als höheres Recht 87
§ 61. Stammler: Billigkeit als formale Richtlinie des reinen rechtlichen Wollens 88

Seite

Die Billigkeit und das Problem der realen Rechtsordnung.
§ 62. Allgemeines — Billigkeit als Problem der Bildung . . . 89
§ 63. Billigkeit und Egoismus — Stirner 90
§ 64. Billigkeit und Wohlfahrtsethik — L. Feuerbach . . . 91
§ 65. Induktive Rechtsfindung durch Billigkeit — Erich Jung 91
§ 66. Billigkeit und Inflation — contrarius defectus — Billigkeit und nationale Substanzwerte 92
§ 67. Billigkeit und konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken — Carl Schmitt 93
§ 68. Ontologisches Ordnungs- und Gestaltungsdenken: Eintreten der Billigkeit für reale und ideale Ordnungsmomente 94
§ 69. Billigkeit und „absolute Werte" — W. Sauer 96
§ 70. Das normative Schema des realistisch-ethisch-transzendenten Naturrechtsdenkens — Bedeutung des älteren Naturrechtsdenkens für das Rechtsdenken überhaupt — C. A. Emge 97
§ 71. Die Billigkeit im realistisch-ethisch-transzendenten Naturrechtsdenken der Gegenwart — Grundlehre — Haring: Epikie und Interpretation 100
§ 72. Wohlhaupter: zeigt weitgehende Uebereinstimmung der älteren und neueren Erwägungen über die Billigkeit . 102
§ 73. Linsenmann — v. Scherer — Th. Meyer — Mausbach . 102
§ 74. Zur Rechtsaxiomatik — über anthropologische Unterfangung des naturrechtlichen Schemas 103

Die Billigkeit und das Problem der absoluten und relativen Rechtsgleichheit.
§ 75. Analyse vermittels mathematischer Symbolisierung — der aristotelische Gedanke der geometrischen Rechtsgleichheit 104

Epikie gegen Naturgesetz.
§ 76. Lex naturalis als ultima ratio legis — Epikie gegen Naturgesetz unmöglich — möglich gegen unzulängliche sprachliche Formulierung 106

V. Zusammenfassung und Hinweise.

Rechtsaxiomatisches Ergebnis.
§ 77. Ueberblick und Herausstellung der rationes iuris . . . 109
§ 78. Beschränkung des Ergebnisses 110

Ueber die Möglichkeit genauerer rechtsaxiomatischer Reduktionen von der Billigkeit aus.
§ 79. Die Methode der Reduktion — Notwendigkeit einzelwissenschaftlicher Fundierung — tiefere Erschöpfung des älteren Rechtsdenkens — die asymptotische Linie der Billigkeit 110

Abkürzungen.

aeq. = aequitas

ArchRWPh = Archiv für Rechts- und Wirtschafts-Philosophie

B. = Billigkeit

HZ = Historische Zeitschrift

W. = Wohlhaupter (s. Literaturverzeichnis)

ZRG(G)(R)(C) = Zeitschrift der Savignystiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische bzw. Romanistische oder Canonistische Abt.)

Die zitierten Werke werden in jedem Kapitel nur einmal vollständig bezeichnet, hernach nur mit Verfassername u. Seitenzahl bzw. Paragraph.

Literatur.

Amira, Karl v.: Grundriß des germanischen Rechts (Straßburg 1913²).
Barion, Jakob: Philosophia perennis als Problem und als Aufgabe (München 1936).
Behn, S.: Philosophie der Werte (München 1930).
Bekker, E. J.: Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung (Berlin-Leipzig 1910).
— Ueber die römische und die moderne Aequitas, i. Jb. d. internat. Vg. f. vgl. Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre I (1896)..
Bergbohm, Karl: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I (1892).
Binder, Julius: Philosophie des Rechts (Berlin 1925).
— System der Rechtsphilosophie (Berlin 1937).
Brands, B.: Die Bedeutung der Scholastik für die Rechtsphilosophie der Gegenwart, i. ArchRWPh 8 (1914/15).
Brie, S.: Billigkeit und Recht, i. ArchRWPh 3 (1909/10).
Brockdorf: Hobbes (Kiel 1929).
Brunner-Schwerin: Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte (München-Leipzig 1930).
Burckhardt, W.: Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, i. Abh. z. Schweiz. Recht, N. F. 8 (Bern 1925).
Cathrein, Viktor: Die Einheit des sittlichen Bewußtseins der Menschheit I—III (Freiburg Br. 1914).
— Recht, Naturrecht u. pos. Recht (Freiburg Br. 1909²).
Dempf, Alois: Christ. Staatsphilosophie in Spanien (1937).
— Sacrum Imperium (München-Berlin 1929).
Dietze, H.-H.: Naturrecht in der Gegenwart (Bonn 1936).
Dölle, H.: Lb. d. Reichserbhofrechts (München-Berlin 1935).
Dohna, A. Graf zu: Die Rechtswidrigkeit (Halle (1905).
— Recht und Irrtum (Leipzig 1925).
Eckstein, W.: Das antike Naturrecht in sozial-philosophischer Beleuchtung (Wien-Leipzig 1926).
Emge, C. A.: Geschichte der Rechtsphilosophie (Berlin 1931).
— Der philosophische Gehalt der religiösen Dogmatik (München 1929).
Fechner, Erich: Führertum und Unternehmertum i. Gesetz z. Ordng. d. nationalen Arbeit (Bonn 1937).
Fehr, Hans: Deutsche Rechtsgeschichte (Berlin-Leipzig 1921).
Fischer, O.: Sittlichkeit und Billigkeit im deutschen bürgerlichen Recht, i. ArchRWPh 11 (1917/18) und 12 (1918/19).
Frank, Hans: Nationalsozialistisches Handbuch f. Recht und Gesetzgebung (München 1935).
Gierke, O. v.: Naturrecht u. deutsches Recht (Frankfurt a. M. 1883).
— Recht und Sittlichkeit, i. Logos 6 (1916/17).
Gillis, Fritz: Die Billigkeit, Eine Grundform des freien Rechts (Berlin 1914).

Göpfert: Moraltheologie I (Paderborn 1913).
Grabmann, M.: Das Naturrecht der Scholastiker von Gratian bis Thomas v. Aquin, i. ArchRWPh 16 (1922/23).
Haring, J.: Die Lehre von der Epikie, i. Theol. prakt. Qschr. Jg. 52 (1899).
Hartmann, Ed. v.: Phänomenologie des sittlichen Bewußtseins. (1879).
Hergenröther-Kirsch: Hdb. d. allg. Kirchengeschichte III (Freiburg Br. 1915[5]).
Hirzel, R.: Ἄγραφος νόμος, Abh. d. phil.-hist. Kl. d. Kgl. sächs. Ges. d. Wiss., 20. Bd. (Leipzig 1903).
— Themis, Dike und Verwandtes (Leipzig 1907).
Hohenlohe: Der Begriff der Billigkeit und die Anwendung von Billigkeitsrücksichten in der Rechtspflege, i. Das Neue Oesterreich II. Jg. (1917).
— Die natürlichen Rechtsgrundsätze etc., i. ArchRWPh 12 (1918/19).
Höhn, R.: Gemeinschaft als Rechtsprinzip, i. Deutsches Recht 1934.
— Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft (Hamburg 1935).
Hölscher, E. E.: Die ethische Umgestaltung der römischen Individual-Justitia durch die universalistische Naturrechtslehre der mittelalterlichen Scholastik, Bd. 59 (1932) d. Veröff. d. Rechts- und Staatswissensch. Sekt. d. Görres-Ges.
Jäger, W.: Paideia I (Berlin-Leipzig 1934).
Jhering: Der Kampf ums Recht (1872 u. ö.).
— Der Zweck im Recht I (1877[1]).
Jörs, P.: Geschichte und System des römischen Privatrechts, i. Enzykl. d. Rechts- u. Staatswiss (Berlin 1927).
Jung, Erich: Das Problem des natürlichen Rechts (Leipzig 1912).
— u. a. über Billigkeit, i. nationalsoz. Hdb. f. Recht und Gesetzgebung, hsg. v. Hans Frank (München 1935).
Kern, Fritz: Gottesgnadentum u. Widerstandsrecht i. fr. Mittelalter (Leipzig 1914).
Kiß, G.: Billigkeit und Recht, i. ArchRWPh 3 (1909/10).
Kohler, Jos.: Lb. d. Rechtsphilosophie (Berlin 1917[2]).
— Die spanische Naturrechtsschule des 16.—18. Jhdts., i. ArchRWPh X (1916/17).
Krieck, E.: Das Naturrecht der Körperschaften auf Erziehung und Bildung. Zur Neubegründung des Naturrechts (Berlin 1930).
Landsberg, E.: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III, 2 (München-Berlin 1898, 1910).
Lange: Geschichte des Materialismus (1887).
Lasson, A.: System der Rechtsphilosophie (Berlin-Leipzig 1882).
Lehmen, Alfons: Lb. d. Philosophie I und IV (Freiburg Br. 1917 bzw. 1919).
Marett, R. R.: Faith, Hope and Charity in Primitive Religion (Oxford 1932); deutsche Ausg.: Glaube, Hoffnung und Liebe i. d. primitiven Religion, Eine Urgeschichte der Moral (Stuttgart 1936).
Mausbach: Kath. Moraltheologie I (Münster 1927).
Mayer, M. E.: Rechtsphilosophie, i. Enzykl. d. Rechts- und Staatswiss. (Berlin 1923).
Meyer, Theodor: Institutiones iuris naturalis etc. (Freiburg 1885).

Nef, Hans: Recht u. Moral i. d. deutschen Rechtsphil. seit Kant (St. Gallen 1937).
Pauler, A. v.: Grdl. d. Philosophie (Berlin-Leipzig 1925).
Philippson: Die Rechtsphilosophie der Epikuräer, i. Arch. f. Gesch. d. Phil. 1910.
Pollack, R. A.: Ueber Rechtsprinzipien, i. ArchRWPh XIII (1919/20).
Preuß, K. Th. (Hsg.): Lb. d. Völkerkunde (Stuttgart 1937).
Reichel, Hans: Ergänzungen zu Bries Ausführungen über Billigkeit und Recht, i. ArchRWPh III (1909/10).
Reinach, Adolf: Die apriorischen Grundlagen d. bürgerlichen Rechtes, i. Jb. f. Phil. u. phänomen. Frschg. I (1913).
Reinstadler, Seb.: Elementa philosophiae scholasticae I und II (Freiburg Br. 1932).
Rintelen, F.-J. v.: Die Bedeutung des philosophischen Wertproblems, i. Philos. Perennis, Festg. Jos. Geyser, II (1930), hsg. v. F.-J. v. Rintelen.
— Der Wertgedanke in der europ. Geistesentwicklung I (1932).
Rommen, H.: Die ewige Wiederkehr des Naturrechts (Leipzig 1936).
Rothacker, Erich: Einleitung in die Geisteswissenschaften (Tübingen 1930²).
— Logik und Systematik der Geisteswissenschaften, i. Hdb. d. Phil. (1927).
Rüfner, Vinzenz: Gemeinschaft, Staat und Recht (Bonn 1937).
Rümelin, Max: Die Billigkeit im Recht (Tübingen 1921).
Salomon, Max: Der Begriff des Naturrechts bei den Sophisten, ZRG (R) 1911.
Sauer, W.: Das juristische Grundgesetz (Stuttgart 1935).
— Lb. d. Rechts- und Sozialphilosophie (Berlin 1929).
Sauter: Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts (Wien 1932).
Savigny: System des heutigen römischen Rechts I (Berlin 1840).
Schilling, O.: Christl. Sozial- u. Rechtsphilosophie (München 1933).
— Kath. Moraltheologie I (München 1928).
Schmitt, Carl: Nationalsozialismus und Völkerrecht (Berlin 1934).
— Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (Hamburg 1934).
Schmitt, K. H.: Treu und Glauben im Verwaltungsrecht (Berlin 1935).
Schmölder, K.: Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen Rechts (Hamm i. W. 1907).
Schwerin, v.: Germanische Rechtsgeschichte (Berlin 1936).
Sigwart: Logik II (Tübingen 1904).
Sohm, R.: Institutionen d. röm. Rechts (Leipzig 1891⁴).
Stahl, F. J.: Philosophie des Rechts (Heidelberg 1845).
Stammler, R.: Lb. d. Rechtsphilosophie (Berlin-Leipzig 1928³).
— Theorie der Rechtswissenschaft (Halle 1923).
Steffes, J. P.: Das Naturrecht im Rahmen einer religionsphilosophischen Weltbetrachtung, i. Philos. Perennis, Festg. Jos. Geyser, hsg. v. F.-J. v. Rintelen II (Regensburg 1930).
Thurnwald, R.: Gegenseitigkeit im Aufbau und Funktionieren der Gesellungen, Festg. f. F. Tönnies (Leipzig 1936), Reine und angewandte Soziologie.

Tönnies, Ferd.: Hobbes (1912).
— Hobbes' Naturrecht, i. ArchRWPh IV (1910/11).
— Leibniz und Hobbes, i. Phil. Monatshefte 23 (1887).
— Thomas Hobbes (1896).
Trendelenburg, A.: Naturrecht auf dem Grunde der Ethik (Leipzig 1860).
Verweyen, J.: Das Problem der Willensfreiheit in der Scholastik (Heidelberg 1909).
Voigt, M.: Die Lehre vom ius naturale, aequum etc. der Römer, 4 Bde. (Leipzig 1856).
Westermarck: Ursprung und Entwicklung der Moralbegriffe I u. II (Leipzig 1907/09).
Wittmann, Mich.: Die Ethik des Aristoteles (Regensburg 1926).
— Die Ethik des hl. Thomas v. Aquin (München 1933).
Wohlhaupter, Eugen: Aequitas canonica, Bd. 56 d. Veröff. d. Rechts- u. Staatswiss. Sekt. d. Görres-Ges (1931).
Zallinger, O. v.: Wesen und Ursprung des Formalismus im altdeutschen Privatrecht (Wien 1898).

Dazu die einschlägigen älteren Hauptwerke und die gebräuchlichen Nachschlagewerke (Eisler, Grimm, Kluge, Ueberweg u. a.).

I.

Ueber die Billigkeit und die Axiomatik des Rechts im allgemeinen: Grundlinien der Untersuchung.

Die Bedeutung der Billigkeit für die Erschließung der Rechtsaxiomatik.

§ 1. Die Billigkeit (aequitas, ἐπιείκεια) ist ein unabdingbares Faktum des Rechtswesens: sowohl der Rechtsanwendung, der Rechtsfindung und der Rechtsgenese. Ihrer vielseitigen und gleichsam elastischen Natur nach ist sie begrifflich schwer zu fassen. Sie ist naturrechtlicher Herkunft. Insofern und wegen ihrer begrifflichen Vieldeutigkeit wird sie vom Rechtspositivismus abgelehnt. Praktisch aber kann weder der Rechtspositivismus noch jede andere Rechtsauffassung der Billigkeit (B.) entraten; denn sie stellt sich — auch wenn sie theoretisch verneint wird — im Falle der Rechtsnot „von selbst" ein. Die B. wirkt — gleichviel ob sie als solche oder unter anderer Bezeichnung auftritt — unmittelbar regulativ. Sie ist schlechthin ein offenkundig erlebbares rechtsaxiomatisches Moment.

Als ein solches bietet die B. den Schlüssel zu einem unmittelbaren Zugang zur Axiomatik des Rechts, m. a. W.: die B. bietet die Möglichkeit, über die sich widerstreitenden Traditionen und Theoreme hinweg und doch durch sie hindurch die Axiomatik des Rechts zu erforschen. Ueber die Traditionen und Theoreme hinweg, weil die B. selbst ein unmittelbar erlebbares axiomatisches Moment ist, und durch die Traditionen und Theoreme hindurch, weil die B. im gesamten rechtstheoretischen Denken — auch im Rechtspositivismus — auftritt und beobachtet werden kann. Die B. durchdringt das Rechtswesen so allgemein, daß sie in der Geschichte des Rechtsdenkens durch einen nahezu vollkommenen „consensus philosophorum" bezeugt wird.

Abgrenzung der Untersuchung als einer rechtsphilosophischen Voruntersuchung.

§ 2. In Wahrnehmung der rechtstheoretischen Bedeutung der B. wollen wir hier versuchen: in der Geschichte des philosophischen Rechtsdenkens vorfindliche Daten der B. so darzustellen, daß Zugänge von ihr

zu rechtsaxiomatischen Zusammenhängen (rationes iuris) sichtbar werden.

Dieser Umschreibung unserer Aufgabe entsprechend wird die vorliegende Arbeit weder rechtsdogmatischer noch rechtshistorischer, sondern rechtsphilosophischer Art sein. Rechtsdogmatisch nicht, weil wir nicht Begriffe und Lehrsätze des Rechts im einzelnen zu behandeln haben. Rechtshistorisch nicht, weil wir weder historische Daten noch historische Zusammenhänge als historische untersuchen. Rechtsphilosophisch aber, weil wir solche Daten und Zusammenhänge in axiomatischer Absicht betrachten.

Eine erschöpfende rechtsaxiomatische Untersuchung von der B. aus müßte freilich ebenso sehr die B. in historischer, juristischer und rechtsphilosophischer wie auch in psychologischer, ethnologischer und soziologischer Hinsicht aufweisen. Unsere Untersuchung aber, die eine Teil- und Voruntersuchung sein soll (vgl. Vorwort), beschränkt sich auf die rechtsphilosophischen Gegebenheiten; d. h. wir werden die Daten der B. nur in den Bereichen der Rechtsphilosophie aufsuchen. Der Blick auf die Rechtsphilosophie gewährleistet uns aber, daß wir weniger auf die Realisationsweisen denn auf das Wesen und die wesentlichen Weisen der B. treffen. Andrerseits läßt es sich bei der totalen Bezogenheit der Philosophie nicht vermeiden und soll auch nicht vermieden werden, gelegentlich auch in anderer Hinsicht die B. anzuschauen, so besonders in rechtsgeschichtlicher Hinsicht.

Bezüglich der Geschichte der Rechtsphilosophie werden wir öfter auf literarische Einzelheiten eingehen müssen. Dies ist notwendig, weil über die B. nur wenige materialerschließende Ueberarbeitungen vorliegen. Doch werden wir uns unserer Aufgabe gemäß auf die bedeutendsten und in rechtsaxiomatischer Hinsicht aufschlußreichsten Denker beschränken. Unsere Arbeit erschließt also beiläufig auch literarisches Material, erstrebt aber in dieser Hinsicht keine Vollständigkeit[1]).

---

[1]) Eine ausführliche Darstellung der Geschichte der Theorie der B. und ihrer Literatur, jedoch mit Vorzug der aequitas canonica, bietet E. Wohlhaupter in Bd. 56 (1931) d. Veröff. d. Rechts- u. Staatswiss. Sekt. d. Görres-Ges. Wir haben diese Arbeit oft benutzt wie auch die folgenden, die viel Material erschließen: J. Haring, Die Lehre von der Epikie, i. Theol.-prakt. Qschr., Jg. 52 (1899) 579 ff., 786 ff.; G. Kiß, B. und Recht, i. ArchRWPh 3 (1909—10) 536—550; Jul. Binder, Phil. d. Rechts (Berlin 1925) 396—409. Die beiden letztgenannten Arbeiten bemühen sich um eine formale Durchordnung des reichen Materials. Alle vier werden jeder Untersuchung über die B. zugrunde gelegt werden müssen.

Die methodologische Bedeutung des geschichtlichen Verlaufs der Theorie der Billigkeit (Thematik und Problematik der Billigkeit).

§ 3. Der geschichtliche Verlauf der Theorie der B. — der in rechtsaxiomatischer Hinsicht transparent ist — vollzog sich in zwei ungleich großen Abschnitten, die die Thematik und die Problematik der B. umfassen, und die in enger Korrelation zur Geschichte der Theorien des Naturrechts stehen. Die Thematik der B. vollzieht sich zugleich mit dem Aufbau (bis zum Beginn der Neuzeit) und dem Abbau (bis zur Mitte des 19. Jhts.) der universalistischen Naturrechtstheorie. Die Problematik der B. setzt mit dem Rechtspositivismus (in Deutschland um die Mitte des 19. Jhts.) ein.

Die Thematik der B. zeitigte sich als sukzessive wissenschaftliche Synthese der verschiedenen Eigentümlichkeiten (propria) der B. In dieser Synthese treten die latenten Eigentümlichkeiten der B. nach und nach in das rechtswissenschaftliche Bewußtsein[2]). So finden wir nacheinander die Billigkeit als naturrechtliche Voraussetzung vor, als Nachsicht, als Milde, als Moment der Gesetzesverbesserung, zur Vermeidung schiefer Rechtsanwendung, zur Lösung von Normenkollisionen, zur Ausfüllung von Gesetzeslücken und als dgl. mehr, immer aber — ausdrücklich oder stillschweigend — in Korrelation zum Naturrecht. Je nachdem die eine oder andere oder mehrere der Eigentümlichkeiten besonders oder ausschließlich hervortraten — was weitgehend von sozialen, politischen, kulturellen und anderen historischen Wirkfaktoren mitbestimmt wurde — begegnen uns verschiedene Arten der B. und also auch entsprechend verschiedene Begriffe der Arten.

Die Problematik der B. zeitigte sich als analytische und kritische Erörterung des rechtlichen Wesens und der Verbindlichkeit der B. Sie entstand im wesentlichen aus der Gegnerschaft des Rechtspositivismus zum Naturrecht[3]). Der Rechtspositivismus, getragen von dem — historisch wohl zu verstehenden — Geist der Kodifikationen, stellte die B. in Frage. Es schien, als werde sie ebenso wie das Naturrecht verschüttet. Aber die B. als stärkstes naturrechtliches Element erhielt sich gleichsam unterirdisch und nicht selten verkleidet. Der Rechtspositivismus, obzwar er sie theoretisch ablehnte und konsequent ablehnen mußte,

---

[2]) Das Wort „Thematik" (v. θέμα = Stammwort, Satz, Abwandlung des Grundgedankens) versteht sich nicht nur im Sinne der Durchführung des Billigkeitsgedankens, sondern auch im Sinne der Verwandtschaft des Wortes mit θέμις (= recht, billig, erlaubt) und Themis (= Göttin der Gerechtigkeit). Natürlich setzt sich die „Thematik" der B. in der „Problematik" gebrochen fort.

[3]) Ueber den Gegensatz von Naturrecht und Rechtspositivismus im 19. Jht. vgl. Karl Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie I (1892) 109—122, 232 ff.

konnte ihrer in praxi nicht entraten. Diese Zusammenhänge spiegeln sich besonders deutlich in der neueren deutschen Rechtsphilosophie, die — wie wir sehen werden — an der Klärung der Problematik der Billigkeit einen bedeutenden Anteil hat.

Die theoretische Vieldeutigkeit der B. und ihre praktische Unabdingbarkeit brachten es mit sich, daß die verschiedenen juristischen und rechtsphilosophischen Richtungen sehr unterschiedlich mit ihr operierten. Teils wurde sie als naturrechtlich rechtmäßig, aber u. U. dem positiven Gesetz entgegenstehend erachtet[4]), teils begrifflich so eingeschränkt, daß sie nurmehr für positiv-rechtlich umschriebene Gesetzeslücken galt[5]), und zu einem anderen Teil war sie das indefinibile iurisprudentiae, das allemal da eintrete, wo es nicht heißen soll „summum ius, summa iniuria"[6]).

Gegenwärtig ist die B. im deutschen Rechtsleben wieder zu offizieller und grundsätzlicher Geltung gelangt. Das nationalsozialistische Rechtsstreben hat der B. wieder eine gebührende Stellung gesichert. Die Grundsätzlichkeit der B. kommt deutlich zum Ausdruck in der neuen Justizausbildungsordnung des Reiches. Darin wird das „geschulte Gefühl für Gerechtigkeit und B. und damit die Fähigkeit richtiger Rechtsanwendung" zur „Krönung" der juristischen Ausbildung gezählt[7]). Das Reichserbhofgesetz als eines der charakteristischsten der neueren Gesetze enthält nicht nur einen weitreichenden „Billigkeitsparagraphen"[8]), sondern auch eine allgemeine „Auslegungsregel"[9]). Kodifizierte Merkmale für die Ablehnung positivistischer Gesetzesdurchführung und die Bejahung billigen Ermessens sind auch die zahl-

---

[4]) so in der freirechtlichen Bewegung (§ 56).

[5]) namentlich in bezug auf Gesetzesstellen, in denen der Gesetzgeber ausdrücklich B., billiges Recht o. dgl. vorgesehen hatte, z. B.: §§ 315 ff., 660, 745, 829, 847, 920, 971, 1024, 1246, 2048, 2156 BGB, § 74 HGB, § 11 RAO, §§ 66, 82 StrVollzGr, § 32 RErbhG.

[6]) z. B. unter Berufung auf Treu und Glauben, Anstand, gute Sitten, Verkehrssitten, wichtigen Grund, Nichtzumutbarkeit u. dgl.: §§ 138, 157, 242, 534, 814, 817, 826 BGB.

[7]) § 4, Abs. 4, JAO v. 22. 7. 1934 (RGBl. I, 727).

[8]) § 32 RErbhG v. 29. 9. 1933 (RGBl. I, 685); der Paragraph soll einen Rechtsausgleich gewährleisten zwischen dem Anerben und den weichenden Erben; vgl. H. Dölle, Lb. d. Reichserbhofrechts (München und Berlin 1935) 114 f. u. ö.

[9]) § 56 RErbhG: „Entstehen bei Anwendung dieses Gesetzes Zweifel, so hat der Richter so zu entscheiden, wie es dem in den Einleitungsworten dargelegten Zweck des Gesetzes entspricht".

reicheren Generalklauseln[10]) und die den Zweck des Gesetzes bezeichnenden Einleitungsworte, die neuerlich vielen Gesetzen vorangestellt werden. In besonderem Maße kommt der B. im neuen deutschen Arbeitsrecht eine Bedeutung zu, wo sie sich in den zahlreichen Rahmenbestimmungen, vornehmlich im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (neben den Begriffen der Treue und der Fürsorge) als Richtlinie des freien (aber pflichtgemäßen) Ermessens auswirkt[11]). Auch völkerrechtlich wurde die B. durchgesetzt: in der Ueberwindung des Versailler Diktats[12]). Diese und andere naturrechtlichen Züge, die sich unter den nationalen und sozialen Impulsen mehr und mehr ausprägen, haben vereinzelt auch in der doktrinellen Literatur Ausdruck gefunden[13]). Nicht als ob nun die geschriebene Satzung entbehrlich geworden wäre oder entbehrt werden könnte. Aber eben damit ist das Problem der B. der deutschen Rechtsphilosophie aufs neue gestellt, bereichert um die Tatsachen und Andeutungen des gegenwärtigen Rechtsstrebens, erschwert durch begriffliche Differierungen, die Werdendem immer eignen.

§ 4. Sehen wir Thematik und Problematik zusammen, so eröffnet sich in rechtsaxiomatischer Hinsicht eine aufschlußreiche Transparenz, auf die wir in dieser Arbeit besonders hinweisen wollen. Die mehr oder weniger einseitigen Erklärungen, die die B. im Verlauf ihrer Problematik erfuhr, stimmten im wesentlichen mit den Ergebnissen der hypothetischen Rechtsaxiomatik früheren Denkens, also mit dem naturrechtlichen Denken im Verlauf der Thematik der B., überein. Sie stimmen überein trotz der

---

[10]) Zum gegenwärtigen Aufleben der sog. Generalklauseln (wie gute Sitten, Treu und Glauben, Zumutbarkeit, wichtiger Grund usw. [Billigkeit ist nicht genannt]) vgl. Carl Schmitt, Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (Hamburg 1934) 58 ff.

[11]) Vgl. E. Fechner, Führertum u. Unternehmertum i. Gesetz z. Ordng. d. nat. Arbeit (Bonn 1937) a. v. O.

[12]) Vgl. Carl Schmitt, Nationalsozialismus und Völkerrecht (Berlin 1934). Schmitt stellt den „positivistischen Mißverhältnissen" des Versailler „Vertrages" die natürlichen „Grundrechte der Staaten und Völker" gegenüber.

[13]) Vgl. Ernst Krieck, Das Naturrecht der Körperschaften auf Erziehung und Bildung. Zur Neubegründung des Naturrechts (Berlin 1930); Hans-Helmuth Dietze, Naturrecht in der Gegenwart (Bonn 1936); Vinzenz Rüfner, Gemeinschaft, Staat und Recht (Bonn 1937); vgl. darin 144—151, besonders 150 in Zusammenhang mit den Worten des Reichsministers Dr. Hans Frank in der Fest-Nummer der Ztschr. d. Akad. f. deutsches Recht III (1936) Heft 19/20, Vorwort; aus der Reihe der wissenschaftlichen Publizistik vgl. H. Rommen, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts (Leipzig 1936); zu Dietze und Rommen vgl. die kritische Besprechung von I. B. Schuster i. Stimmen d. Zeit, 9. Jg. (Juni 1937) 189—192.

strukturellen Verschiedenheit der Rechtstheorien, auch trotz der Verschiedenheit des sich durch die Rechtsgeschichte ziehenden stoischen und epikuräischen Schemas (worauf wir des öfteren eingehen müssen). Doch war dies vielen Rechtsdenkern des 19. Jhts. kaum und zum Teil gar nicht bewußt. Ueberhaupt war im Rechtspositivismus die Kontinuität des rechtsphilosophischen Denkens abgebrochen. Weder der schmal gewordene, aber tiefe Traditionsstrom des älteren Naturrechts, noch das neuere Natur- und Vernunftrecht kam für den Rechtspositivismus in Betracht. Die Juristen philosophierten „auf eigne Hand"[14]). Und wenn wir die Uebereinstimmung ihrer axiomatischen Ergebnisse mit dem neueren und älteren Rechts- und Naturrechtsdenken heute und hier zeigen können, so vermögen wir das nur, indem wir die Kontinuität des Rechtsdenkens wieder herstellen oder, sachlich gewendet, indem wir uns auf die relative Einheitlichkeit der menschlichen Natur und des sittlichen Bewußtseins besinnen, innerhalb deren die Völker und Kulturen ihre eigenen, auf sich und auf das Ganze bezogenen Maße finden.

Diese Sicht wird uns nur dadurch möglich, daß wir nicht nur die Unterschiede, sondern auch die Gemeinsamkeiten der Rechte und Rechtstheorien beachten[15]). Die durchgängige Gemeinsamkeit der Rechte und Rechtstheorien ist die Idee der Gerechtigkeit. Im philosophischen Rechtsdenken fand sie den historisch breitesten und wohl auch tiefsten Niederschlag in der Vorstellung des Naturrechts.

Das Naturrecht ist die hypothetische Voraussetzung, aus der die B. im Verlauf ihrer Thematik einsichtig erklärt worden ist und aus der ihre Problematik einsichtig erklärt (und gelöst) werden kann. Es ist die hypothetische Voraussetzung, auf die der Geist der Justitia in der Geschichte sich selbst zurückgeführt hat. Auf das Naturrecht als Erklärungsgrund deuten die rechtsphilosophischen Erörterungen über die B. inhaltlich allemal hin. Bei Annahme des Naturrechts erklärt sich sinnvoll und stringent das Miteinander von billigem Recht und positivem Recht. Nur fragt sich, welche Naturrechtstheorie dem wirklichen Naturrecht und damit der wirklichen B. (nicht ihren verschiedenen, oft irrigen und verfälschten Begriffen) entspricht[16]).

---

[14]) Bergbohm 7.

[15]) Ueber die wissenschaftliche Bedeutung der Rechtsvergleichung nicht nur hinsichtlich der Unterschiede, sondern auch und besonders der Gemeinsamkeiten, vgl. E. Rothacker, Logik und Systematik der Geisteswissenschaften, i. Hdb. d. Phil. (1927) 100 ff.: Ziel der Vergleichung ist, „normative Aufschlüsse zu gewinnen"; nicht historische und nicht psychologische, sondern Sachgesetze werden gesucht. Vgl. auch W. Sauer i. ArchRWPh 20 (1926/27) 466.

[16]) Zu vorläufiger Unterscheidung sei hier nur gesagt, daß die metaphysisch begründeten antik-mittelalterlichen Naturrechtstheorien

Die Antwort kann hier nicht vorweggenommen werden. Sie soll auch in unserer Arbeit offen bleiben, da wir lediglich Zugänge zur Axiomatik des Rechts aufzeigen wollen. Nur sei — um Vorurteilen zu begegnen — gesagt, daß die rechtstheoretisch bedeutsamste Naturrechtstheorie (die uns noch viel beschäftigen wird und deren Anfänge wir schon bei Heraklit sehen) ein Naturrecht meint, das weder Musterrecht, noch in irgend einem Sinne Querrecht, noch Kirchenrecht ist, obgleich diese Theorie vorzüglich von der Scholastik aufgenommen und zeitweise von ihr allein tradiert worden ist. Es geht bei diesem Naturrecht nicht um rechtsphilosophische Utopien, die jeder privat ausdenken kann, um an ihnen die positive Rechtsordnung zu überprüfen, sondern um jene allgemeinen der Vernunft einleuchtenden Fundamentalsätze, die jeder Rechtsordnung zugrunde liegen und an die das Werk des Gesetzgebers anknüpft[17]). Dieses wirkliche und eigentliche Naturrecht hebt das historisch überlieferte und positive Recht keineswegs auf, sondern ermöglicht es.

---

etwas ganz anderes sind als die anthropologischen und rationalistischen Naturrechtstheorien der Neuzeit. Aber auch innerhalb dieser Gruppen gibt es viele Unterteilungen und sehr verschiedene Begriffe von Naturrecht. Es sollte stets gesagt oder gefragt werden, welche Naturrechtstheorie gemeint ist, ein Verlangen, das selbst Bergbohm, obschon Gegner des Naturrechts, mit viel Klage und Anklage immer wieder vorbrachte. Vgl. Bergbohm a. v. O.; Victor Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht (Freiburg Br. 1909 [2]); Othmar Spann, Haupttheorien der Volkswirtschaftslehre (Leipzig 1923 [12—15]) 24; Ernst Troeltsch, Die Soziallehren der christl. Kirchen und Gruppen (Tübingen 1912) und Die Sozialphilosophie des Christentums (Zürich 1922). Einen wohlgeordneten Ueberblick, aber ohne Apparat, bietet Heinrich Rommen, a. a. O. Vgl. auch Charmont, La renaissance du Droit naturel (Montpellier 1910).

[17]) Const. Hohenlohe, Die natürl. Rechtsgrundsätze etc., i. ArchRWPh 12 (1918/19) 39—40. Vgl. Lehmen, Lb. d. Phil. IV (1919 [3]) 142 ff., und Cathrein, a. v. O. Auch Graf zu Dohna, der sich nicht zum Naturrecht bekennt, spricht in Recht und Irrtum (Leipzig 1925) 5 f. von vorjuristischem Normenkomplex und ungeschriebenem Recht: „Als ob das ungeschriebene Recht etwas anderes wäre wie der juristischer Präzisierung eben noch ermangelnde, an der rechtlichen Geltung aber gleichwohl partizipierende Teil jener sozialen Vorschriften, deren anderen Teil der Gesetzgeber bereits zu endgültigen Rechtssätzen umgeformt hat." Mit dem Zusatz: „Was sollen wir uns um Worte streiten, wo in der Sache volle Einigkeit besteht?" — Vgl. auch Adolf Reinach, Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes, i. Jb. f. Phil. u. phänom. Frschg. I (1913) 685—847 bes. dort § 10; Reinach anerkennt als „Grundlagen des Rechtes" zwar nur apriorische Momente, während die Naturrechtslehre im oben besagten Sinne apriorische (formale) und materiale Komponenten (quasi vérités éternelles und vérités de fait) als Grundlagen des positiven Rechts kennt.

Es ermöglicht das überlieferte und positive Recht aber nicht — wie ebenfalls im voraus korrigiert sei — durch einfache Deduktion von obersten Rechtssätzen aus, sondern auf kompliziertere Deduktionsweise (die wir später darlegen werden).

Die einfache Deduktion von obersten Rechtssätzen aus — darin gründet ein besonderes Problem der B. (auf das wir später eingehen) — hat ihre größte Schwierigkeit darin, daß eben diese Rechtssätze vielfach sprachlich unzulänglich formuliert sind und nur schwer adäquat formuliert werden können. Daraus erklärt sich die Ablehnung des Naturrechts durch den Rechtspositivismus. Wir werden aber sehen, daß die Meister des Naturrechts die Prinzipien des Rechts nicht nur von „oben" (sozusagen theologisch), sondern auch von „unten" (anthropologisch) zu erkennen versucht haben und daß die obersten Sätze sehr wohl von „unten" angeleuchtet, tiefer verstanden und genauer bestimmt werden können. Es wird unsere Aufgabe sein, solche Anleuchtung „von unten" von der B. aus in etwa durchzuführen.

Wollen wir also — in axiomatischer Absicht — das wirkliche Naturrecht erkennen — seine allgemeinen, in der Natur des Menschen gründenden Elemente, wie auch seine besonderen, im Wesen des Volkes, des Stammes, der Familie und des Individuums wurzelnden —, so müssen wir die Kluft überbrücken, die der Rechtspositivismus des vorigen Jahrhunderts eingerissen hat: wir müssen die Kontinuität des Rechtsdenkens wieder herstellen, d. h. wir müssen die z. T. verschütteten und vergessenen rechtsphilosophischen Erkenntnisbemühungen von 2½ Jahrtausend, verbunden mit den Forschungsergebnissen der allgemeinen und eigenen Rechtsgeschichte, dem rechtswissenschaftlichen Bewußtsein wieder zuführen und fruchtbar machen. Dies wollen wir — soweit es von der B. aus angängig und rechtsaxiomatisch relevant ist — in den wichtigsten Zügen hier tun.

§ 5. Es scheint indessen für unsere Untersuchung bedenklich zu sein, daß nach dem Gesagten ein prägnanter Begriff der B. fehlt oder daß es doch mehrere Begriffe der B. gibt, wie es auch mehrere Begriffe des Naturrechts gibt. Unsere Aufweisungen, so könnte man sagen, seien mangels fester Begriffe nicht miteinander übereinzubringen.

Allein diese Schwierigkeit ist überwindlich. Denn wir werden sehen, daß die verschiedenen Begriffe der B. und des Naturrechts, die die Geschichte sukzessiv hervorgebracht hat, die Eigentümlichkeiten (propria) der B. bzw. des Naturrechts m e h r oder w e n i g e r v o l l s t ä n d i g erfaßt haben, so daß sich also die verschiedenen Begriffe z u s a m m e n zu größerer Vollkommenheit im Sinne von Vollständigkeit ergänzen — wofern man auf die Kontinuität des philosophischen Denkens achtet.

Gang der Untersuchung.

§ 6. Wir beginnen die Untersuchung mit einer Darstellung der Theorie der B. im Aufbau und im Abbau der universalistischen Naturrechtstheorie, also mit einer Darstellung des Verlaufs der Thematik der B. in chronologischer Folge. Nachdem, was wir über die Korrelativität von B. und Naturrecht gesagt haben, ist klar, daß wir mit dieser Darstellung zugleich einen Längsschnitt durch die Geschichte der Theorie des Naturrechts ziehen. Dabei halten wir uns nur an die bedeutendsten und in axiomatischer Hinsicht aufschlußreichsten Systeme. Wir werden sie, soweit sie nicht als näherhin bekannt gelten können, zumindest ihrer Struktur nach skizzieren müssen, um dann jeweils die Funktion der B. in ihnen aufzuweisen. Bezüglich der Rechtsaxiomatik halten wir mit voreiligen Schlüssen zurück; wir beschränken uns darauf, nach jeweiliger Aufweisung der B. und ihrer Funktion in einem System auf die dadurch angedeuteten oder freigelegten axiomatischen Momente nur hinzuweisen.

Es folgt dann die Darstellung der Problematik der B. in der neueren deutschen Rechtsphilosophie. Da die Anerkennung bezw. Ablehnung der B. im Verlauf ihrer Problematik sich in Zusammenhang mit verschiedenen Grundproblemen des Rechts vollzog, die ihrerseits wieder axiomatisch relevant sind, geschieht die Darstellung der Problematik der B. nicht chronologisch, sondern nach Problemgruppen. Dabei werden manche Momente, die bei Betrachtung der Thematik der B. unklar bleiben mußten, in hellerem Licht erscheinen. Allgemein aber sind wir in dieser Voruntersuchung weniger auf Bestimmung als auf Lockerung und Aufweisung der rationes iuris bedacht.

Diese Aufweisungen bringen wir im Schlußkapitel skizzenmäßig zu einer Synthese. Das Kapitel enthält außerdem einige Richtlinien über die Möglichkeit genauerer axiomatischer Reduktionen von der B. aus und andere Hinweise.

II.

Die Billigkeit im Aufbau der universalistischen Naturrechtstheorie.

(Zur Thematik der Billigkeit, I.)

Etymologisches: Verwandtschaft von Billigkeit und Recht.

§ 7. Das Wort Billigkeit (von billig, bis ins 18. Jht.: billich, mhd.: billîch, aus dem selbständig nicht vorkommenden Stamm bil-, ags.: beliwet, vgl. auch das mhd. Adj.: unbil) hieß und heißt soviel wie sittlich-rechtliche Ziemlichkeit und Gemäßheit[1]). (Erst im 18. Jht. hat sich für billig auch die Bedeutung wohlfeil entwickelt.) Die Redewendung „recht und billig" ist volkstümlich und besagt auch heute noch eine Korrespondenz von Billigkeit und Recht.

In der Terminologie der römischen Juristen steht für B. aequitas[2]). Ursprünglich bedeutet aequitas Gleichheit, Gleich-

---

[1]) Vgl. Fr. Kluge, Etymol. Wörterbuch d. deutschen Sprache (Berlin und Leipzig 1934) 58 u. Herm. Paul, Deutsches Wörterbuch (Halle 1935) 83, die in der Herleitung des Wortes nicht ganz übereinstimmen. Belegstellen für Billigkeit im Sinne von sittlich gemessener Gerechtigkeit s. Grimm, D. Wörterbuch II (1860) s. v. 27—29. Nach Grimm ist das Wort billig (billîch) erst seit dem 11. Jht. belegt. Der Sache nach kennt aber die deutsche Rechtsgeschichte Billigkeitsgerichte (Königsgerichte, an denen secundum aequitatem entschieden werden konnte) schon in fränkischer Zeit; s. w. u. Vgl. Brunner-Schwerin, Grundzüge d. d. Rechtsgeschichte (München und Leipzig 1930) 83 und dort angegeb. Lit.; Karl v. Amira, Grdr. d. German. Rechts (Straßburg 1913[3]) 11, nach dem in der germanischen Frühzeit das Recht überhaupt als Billigkeit galt. — Nach Gillis, Die Billigkeit, Eine Grundform des freien Rechts (Berlin 1914) 8 soll sich in der englischen Sprache der Stamm bil- in the bill (= eingebrachtes und angenommenes Gesetz) rein erhalten haben. Richtig ist aber, daß the bill vom altengl.: bille, anglo-lat.: billa, lat.: bulla (im mittelalterlichen Sinn von „Siegel") kommt; vgl. The Encyclopedia Britannica (Cambridge 1910) Vol. III, 932, s. v.

[2]) Man hat aequitas oft in Gegensatz zu ius (verw. mit iungere, iugum = Joch) als dem fester Bindenden und Verbundenen gesehen. Vgl. Gillis 9; Wohlhaupter, Aequitas canonica, Veröff. d. Rechts- u. Staatswiss. Sekt. d. Görres-Ges., Bd. 56 (1931) 20; Jhering, Der

mäßigkeit, Einheitlichkeit[3]). Dieser Ursinn des Wortes findet sich heute noch in der Gleichheit aller vor dem Gesetz[4]). Auch mit dem ahd.: éwa = Recht (mhd.: éwe, ê, fries.: êwa, â, ê, ags.: áew, áe, as. maskul. êo) ist aequum verwandt[5]).

Das griechische Synonym für aequitas (sanskr.: ekah = unus, daraus altlat.: aicetia, griech.: εἰκώς) ist ἐπιείκεια (ἐπιεικής v. ἐπί u. εἰκός = das Gleichende, Wahrscheinliche, Gebührende, Schickliche, Angemessene), latinisiert epikia (Epikie, auch epichaja, epicaya)[6]).

Die Bedeutungsgleichheit von Billigkeit, aequitas und ἐπιείκεια ergibt sich aus dem unterschiedslosen Gebrauch dieser Worte und aus der Gleichheit der durch sie bezeichneten Rechtsverhältnisse (wie später klar wird)[7]).

Von der ursprünglichen Aequitas (im Sinne der Gleichheit aller vor dem Gesetze) ist die jurisprudente Aequitas (d. i. die Billigkeit im Sinne des deutschen Wortes) zu unterscheiden. Die jurisprudente Aequitas (also die Billigkeit) ist die „convenientia rerum, quae in imparibus causis imparia iura desiderat", während die ursprüngliche Aequitas (Rechtsgleichheit) „in paribus causis paria iura desiderat"[8]). Zum Unterschied von der jurisprudenten Aequitas wird sie später auch Aequalitas genannt[9]). Wir haben im folgenden durchweg die Aequitas zu erörtern.

Zweck i. Recht I, 257, n. 1 u. 2. Dieser konträre Gegensatz, der z. B. bei Ueberspannung des Gesetzes trifft, ist nicht das einzige Verhältnis von ius und aequitas. Sie können auch in relativem Gegensatz (wie Vater—Sohn—Enkel) stehen; z. B. wenn der Gesetzgeber vom billigen Ermessen ausgeht, oder wenn der Richter ein Gesetz nach billigem Ermessen auslegt oder anwendet, also bei der fortschreitenden Gesetzesverbesserung. Diese Gegensätze wie überhaupt die Verhältnisse von Recht und B. werden im Verlauf unserer Arbeit näher geklärt.

[3]) Wohlhaupter (zukünftig immer = W.) 13.

[4]) Vgl. auch can. 454 § 5 CIC: aequo iure.

[5]) W. 13, n. 1; Amira, a. a. O. 11; F. Kern, HZ 120 (1919) 6. — Die Verwandtschaft von éwa und aequum wirft auch ein Licht darauf, inwiefern in der germanischen Frühzeit das Recht als B. gelten konnte, obschon das Wort billîch noch nicht vorkommt. — Im übrigen wäre es rechtsgeschichtlich aufschlußreich, die mehrfache sprachliche Verwandtschaft dieser Worte einmal genauer zu untersuchen.

[6]) Ueber das Vorkommen der verschiedenen Schreibweisen bei den Scholastikern vgl. des näheren: J. Haring, Die Lehre v. d. Epikie, i. Theol. prakt. Quartschr. Jg. 52 (1899) 579 ff.

[7]) Vgl. G. Kiß, B. u. Recht, i. ArchRWPh 3 (1909/10) 536 ff.

[8]) Version der maßgebenden Definition aus der Zeit der frühen mittelalterlichen Rechtschulen von Ravenna und Bologna; W. 13, n. 2 und 15.

[9]) so in den Registern zu den Decisiones Rotae Romanae Recentiores; W. 13.

Billigkeit im vorgeschichtlichen Recht: Zusammenfallen der Grundelemente des Rechts im primitiven Rechtsleben.

§ 8. Man hat versucht, die Aequitas im Sinne der „Gleichheit aller vor dem Rechte" (also die Aequalitas) als den frühzeitlichen Gedanken des Rechts selber anzusehen[10]). Es fragt sich aber, ob diese frühzeitliche „Gleichheit aller" vor einem (allgemeinen) ius aequum oder vor einem (positiven) ius strictum bestand. Diese Frage ist gleichbedeutend mit der Frage, ob (wie Gierke meinte) ius aequum historisch auf ius strictum zurückzuführen sei[11]), oder ob umgekehrt ius strictum historisch ius aequum voraussetze[12]). Wir müssen diese Frage, soweit sie eine spezifisch geschichtswissenschaftliche ist, hier offen lassen. Als sicher kann gelten, daß die Differenzierung von Rechtsarten (ius aequum, ius strictum) eine relativ späte Erscheinung ist, während Recht „ursprünglich" mit Sitte und Kult zusammenfiel[13]).

Analog hat die neuere ethnologische Rechtsforschung Recht, Sitte, Kult, Sprache, Kunst und Arbeit als untrennbare korrelative Momente primitiver Lebensordnungen sehen gelehrt[14]). Ein solches Moment ist auch das Gegenseitig-

---

[10]) so W. 13—14.

[11]) Vgl. O. v. Gierke, Naturrecht u. deutsches Recht (Frankfurt/M. 1883) 15.

[12]) so O. v. Zallinger, Wesen und Ursprung des Formalismus i. altdeutschen Privatrecht (Wien 1898) 33. Nach Z. war das Recht in den Sippschaften, den ursprünglichen, kleinen, natürlichen Gruppen des Volkes, ... „ius naturale" und als solches „ius aequum". Erst im Staate, ... dem zunächst für den Krieg geschaffenen Gemeinwesen sei das formale Recht als „ius strictum" geboren worden. — Gillis 66 erwähnt dazu, daß „in ganz ähnlichem Sinne ein römischer Schriftsteller das Zwölftafelrecht finis aequi iuris" genannt habe. Vgl. zu diesem Problem R. Thurnwald, Die Gemeinde d. Bánaro, Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte von Familie und Staat, i. Ztschr. f. vgl. Rechtswiss. 38 (1920) u. 39 (1921).

[13]) Vgl. R. Hirzel, Themis, Dike und Verwandtes (Leipzig 1907) 158: „In Wahrheit begeht einen Anachronismus, wer bereits die älteste Welt der Griechen einem doppelten Recht unterwirft, und trägt in die Vergangenheit eine Vorstellung hinein, die erst viel späteren Zeiten geläufig wurde. In der ältesten Zeit waren es die Götter und ihre Vertreter, die die Menschen im Recht unterwiesen, alles Recht schien göttlichen Ursprungs zu sein". Vgl. auch den Begriff der „primitiven Urnorm" bei F. Somló, Jurist. Grundlehre (Leipzig 1917) 87 ff.; L. Wenger, Der heutige Stand d. röm. Rechtswissenschaft, Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte (1927).

[14]) R. R. Marett, Faith, Hope and Charity in Primitive Religion (Oxford, Clarendon Press, 1932), deutsche Ausg.: Glaube, Hoffnung und Liebe i. d. primitiven Religion, Eine Urgeschichte der Moral (Stuttgart 1936), in der Marett besonders die Anfänge der Versittlichung der Religion beschreibt. Vgl. auch V. Cathrein, Die Einheit des sitt-

keitsprinzip, das sich in rechtlicher Hinsicht als eine allgemeinere Form der aequitas (wie auch der aequalitas) auffassen läßt[15]). Die Ethnologie hat das Gegenseitigkeitsprinzip sowohl als ausgleichende und ausbalancierende Wirtschafts- und Gesellschaftsfunktion[16]) wie auch nach seinen biopsychologischen Gründen[17]) untersucht. Ueber das Problem der Moral im primitiven Recht stehen aber erst geringe Vorarbeiten zur Verfügung[18]). Westermarck[19]) hatte (freilich ohne Quellenkritik) darauf hingewiesen, daß der Satz (bzw. die Versionen des Satzes) „Tu, was du willst, daß man dir tue" — die sog. „Goldene Regel der Moral" — allen Völkern bekannt sei. Er findet sich u. a. bei Confutius[20]) und in der indischee Mahabharata[21]). Auch das Alte Testament, die Griechen, Römer, Augustinus, die Germanen und sogar Hobbes und die neuzeitlichen Materialisten kennen die „Goldene Regel" bzw. rechtswirksame Billigkeit (wovon noch zu sprechen sein wird). Die indischen Mimansaregeln des Yaimini

lichen Bewußtseins der Menschheit I—III (Freiburg Br. 1914); Lb. d. Völkerkunde, hsg. v. K. Th. Preuß (Stuttgart 1937), mit neuester Lit.; darin zu Obigem den Abschnitt von L. Adam, Ethnol. Rechtsforschung, 282 ff.

[15]) Vgl. Jhering, Der Zweck im Recht I, 369 ff.

[16]) Vgl. B. Malinowski, Crime and Custom in Savage Society (London 1926) sowie H. Jan Hogbin, Law and Order in Polynesia (London 1934); Besprechg. beider v. L. Adam, i. Zeitschr. f. vgl. Rechtswiss. Bd. 58 (1934) 373—81; vgl. auch Preuß (Adam) 287 (s. Anm. 14).

[17]) Vgl. R. Thurnwald, Gegenseitigkeit im Aufbau und Funktionieren der Gesellungen, Reine und Angw. Soziologie, Festgabe f. F. Tönnies (Leipzig 1936) 275 ff.: Leistungen und Gegenleistungen unter Personen und Gruppen müssen sich die Waage halten. — „Das Verlangen nach ‚billigen' Gegenleistungen durchzieht das gesamte Rechtsleben ... Das biopsychologische Urbild der Gegenseitigkeit ist die adäquate nervöse Reaktion, ihr statisches Aequivalent die Symmetrie": R. Thurnwald, Die menschliche Gesellschaft, V Recht (Berlin 1934) 6 ff.; Preuß (Mühlmann) 14.

[18]) Vgl. J. Kohler, Die Anfänge des Rechts und das Recht d. primitiven Völker, i. Hinneberg, Die Kultur der Gegenwart II, Abt. VII, 1 (Leipzig und Berlin 1914). — „Die Frage, ob und inwiefern die Rechtsidee die Dynamik des primitiven Rechtsverkehrs leitet, ist, abgesehen vom Strafrecht überhaupt noch nicht studiert worden [1937]. Hier ist das Gebiet, auf dem vor der ... falschen Anwendung europäischer Gesichtspunkte und Werturteile am dringendsten gewarnt werden muß." Preuß (Adam) 289; dort weit. Lit.

[19]) Westermarck, Ursprung und Entwicklung der Moralbegriffe I u. II (Leipzig 1907/9).

[20]) Lun Jü XV, 23; ebd. XII, 2; Chung Jung XIII, 3. — Zit. n. Westermarck I (1907) 85 u. 58.

[21]) Mahabharata, XIII, 5571 f. (veröffentlicht in Muirs „Religion and moral sentiments, rendered from Sanskrit writers" 107); Pantschatantra III, 104. — Zit. n. Westermarck a. a. O.

(7. Jht. n. Chr.) stellten den Interpretationsprinzipien ein Billigkeitsprinzip (Praharana) an die Seite[22]). Es kann jetzt schon gesagt werden, daß Billigkeit nicht von der „Goldenen Regel" abhängt; die „Goldene Regel" ist eine häufig vollzogene Formulierung der B.[23])

Allgemein bleibt festzuhalten, daß die Grundelemente des Rechts (rationes iuris) im primitiven Recht zusammenfallen und erst relativ spät differenzierbar sind.

Die Grundlegung der Theorie der Billigkeit (ἐπιείκεια) bei den Griechen.

§ 9. Die Billigkeit (ἐπιείκεια) begegnet erstmalig[24]), von früheren unzulänglichen Versuchen abgesehen[25]), zur Zeit der Sophisten[26]) als ein öffentliches Problem des Naturrechts[27]). Einen dramatischen Niederschlag fand das Problem in der „Antigone" des Sophokles[28]). Platon und Aristoteles, bei denen die ἐπιείκεια bereits ein wissenschaftliches Problem ist, differieren in Begriff und Begründung der Epikie, ein Umstand, der später bei Thomas von Aquin einen Austrag gefunden hat[29]).

Bei Platon gehören Politik, Recht und Ethik zusammen und finden im geschriebenen Gesetz einen normativen Ausdruck. Aber die geschriebenen Gesetze, obzwar nach der höchsten Idee ausgerichtet, sind nur unvollkommene Nachzeichnungen der Ideen, nur ein Notbehelf für die ungerechten Menschen, die selbst diese Gesetze nicht immer erfüllen können. Hier setzt bei Platon die Billigkeit ein. Sie ist Nachsicht gegen die menschliche

---

[22]) W. 14; vgl. J. Kohler, Lb. d. Rechtsphil. (Berlin 1917²) 34; ders. i. ArchRWPh 4 (1910/11) 235.

[23]) Siehe auch § 13 n. 73.

[24]) Vgl. vor allem Hirzel, Ἄγραφος νόμος; Abh. d. phil.-hist. Kl. d. Kgl. sächs. Ges. d. Wiss., 20. Bd. (Leipzig 1903); ders. Themis, Dike u. Verw. (Leipzig 1907).

[25]) Vgl. R. Stammler, Lb. d. Rechtsphil. (Berlin u. Leipzig 1928³) 17 m. Lit.

[26]) Platon, Sophistes; Max Salomon, Der Begriff d. Naturrechts bei den Sophisten, ZRG (R) 1911, 129 ff.

[27]) Vgl. W. Jäger, Paideia I (Berlin u. Leipzig 1934) 405 ff.

[28]) Aristoteles nimmt i. Rhetor. 1, 13 (1373 b) darauf Bezug, um das Naturrecht zu erweisen. — Jäger 354: Das Maß „ist für Sophokles das Prinzip des Seins, es bedeutet die fromme Anerkennung einer in den Dingen selbst liegenden Gerechtigkeit, die zu achten das Zeichen der letzten Reife ist. Nicht umsonst spricht der Chor der sophokleischen Tragödien immer wieder von dem Unmaß als der Wurzel alles Uebels".

[29]) Vgl. Mich. Wittmann, Die Ethik des hl. Thomas v. Aq. (München 1933) 350 ff.; s. u. § 17.

Schwäche. Billigkeit und Gerechtigkeit verhalten sich also wie unvollkommene Wirklichkeit und Ideal[30]).

Anders Aristoteles[31]). Auch bei ihm gehören Politik, Recht und Ethik zusammen, und ihre Gesetzmäßigkeit findet im geschriebenen Gesetz einen normativen Ausdruck. Auch ist die Epikie Nachsicht und Milderung. Aber sie ist es nicht, weil das geschriebene Gesetz zu hoch stände, um erfüllt werden zu können, sondern weil es in seiner Formulierung notwendig zu allgemein und im Einzelfall nicht immer zureichend ist. Die Unvollkommenheiten und Lücken des geschriebenen Gesetzes (δίκαιον πολιτικὸν νομικόν) sind durch die Epipie zu korrigieren oder zu ergänzen[32]). Erst positive Satzung und Epikie zusammen machen die Gerechtigkeit aus. Dabei entstammt die Epikie unmittelbar dem der positiven Satzung übergeordneten ἄγραφος νόμος[33]), dem ungeschrieschriebenen Gesetz, das als δίκαιον πολιτικὸν φυσικόν den Grundabsichten der Natur entspricht. Als Prinzip durchwaltet die Epikie sowohl die Gerechtigkeit des Gesetzgebers als auch die des Richters. Gemäß der Epikie ist das Recht nicht nach starrer (arithmetischer), sondern nach verhältnismäßiger (geometrischer) Gleichheit durchzuführen[34]). Ueberhaupt ist bei Aristoteles „das Recht etwas Proportionales"[35]). (Vgl. u. § 75.)

§ 10. Die Epikuräer[36]) lehrten, die Welt sei ein Spiel des Zufalls und alles Recht in ihr habe sich aus Nützlichkeitserwägungen „entwickelt". Der utilistisch hergeleitete Rechtspositivismus der Epikuräer ist weder in einer der Natur immanenten Vernünftigkeit, noch in einer schöpferischen Vernunft begründet. Recht entsteht durch rationalistische Erwägung und Konvention. Doch ist das so entstandene Recht mehr oder weniger

---

[30]) Mich. Wittmann, Die Ethik des Aristoteles (Regensburg 1920) 216; ders. Die Ethik d. hl. Thom. v. Aq. 350; W. 22; Stammler 20 u. dort. Lit.; vgl. auch Jul. Binder, Phil. d. Rechts (Berlin 1925) 400, Anm. 111, der darauf hinweist, daß bei Platon die die ἐπιείκεια betr. Stellen nicht eindeutig seien.

[31]) Vgl. Arist. Rhetor. 1, 13 (1373 b); Eth. Nik. V, 14 (1137 a und b); Wittmann, Eth. Arist. 217 ff.; Binder 401 f.; Stammler 20 u. dort. Lit.; Haring 582 f.

[32]) Arist. Eth. Nik. V, 14 (1137 b, 26) definiert die Epikie als ἐπανόρθωμα νόμου ᾗ ἐλλείπει[α] διὰ τὸ καθόλου.

[33]) Ἄγραφος νόμος kommt bei den Griechen auch in der Bedeutung von Gewohnheitsrecht vor; vgl. Hirzel 3 ff.

[34]) Eth. Nik. V, 5—8 (1130 b—1133 b).

[35]) Eth. Nik. V, 6 (1131, a, 29): Ἔστιν ἄρα τὸ δίκαιον ἀνάλογόν τι.

[36]) W. Eckstein, Das antike Naturrecht in sozialphilosophischer Beleuchtung (Wien-Leipzig 1926) 92—98; Bergbohm 153 u.dort. Lit.; Sauter, Die philos. Grundlagen d. Naturrechts (Wien 1932) 205 f.; besonders Philippson, Die Rechtsphilosophie der Epikuräer, i. Arch. f. Gesch. d. Philos. (1910) 289 ff., 433 ff.

der Natur des Menschen entsprechend[37]). Das gilt vor allem von den allen gemeinsamen (κοινά) Bestandteilen des Rechts, aber weitgehend auch von den besonderen (ἴδια) Bestandteilen, die mit den allen gemeinsamen Bestandteilen zusammen das vom Staat promulgierte Gesetzesrecht ausmachen. Das Gesetzesrecht und seine Bestandteile beruht auf Gegenseitigkeit (näherhin τὸ μὴ βλάπτειν ἀλλήλους)[38]). Die allgemeinen Bestandteile bilden die natürlichen Grundelemente des Gesetzesrechts. Die besonderen Bestandteile sind nichts anderes als eben diese Grundelemente modifiziert durch örtliche und andere Einflüsse. Im Gesetzesrecht sind die vorher „stillschweigenden" Verträge durch die staatliche Promulgation „ausdrücklich" geworden. Bei den Epikuräern ist sonach die Natur zwar nicht die Wurzel des Rechts, wohl aber der Wurzelboden. Dies bleibt festzuhalten (vgl. besonders Hobbes und den z. T. weit hinter der Auffassung der Epikuräer zurückbleibenden Rechtspositivismus des 19. Jhts.).

Das rechtsgenetische Schema der Epikuräer ist typisch für viele positivistische Rechtsanschauungen. Damit ist nicht gesagt, daß das epikuräische Schema nur zu Rechtspositivismus führe; es kann auch zu naturalistischen Rechtsauffassungen führen (wie wir später sehen werden).

Epikie[39]) tritt in der epikuräischen Tradition, wenn überhaupt, dann nur im utilistischen Sinne oder im Sinne von Mitleid auf. Im utilistischen Sinne begegnet die Epikie zunächst im vorciceronischen römischen Recht, das zwar nicht vom Epikuräismus abhängt, aber seinem Typ nach positivistisch ist (§ 12). Im Sinne von Mitleid wird uns die Epikie in der Ethik des neuzeitlichen Materialismus begegnen (§§ 28, 64). Die Epikuräer selbst, als Rechtspositivisten, übten strengen Gesetzesgehorsam; er schien ihnen am ehesten die zur Glückseligkeit notwendige Ruhe zu gewährleisten. Doch äußert sich bei ihnen die Epikie in maßvoller Kritik der Gesetze und in Verbesserungsvorschlägen[40]).

§ 11. Die Stoiker[41]) kommen zur Ausbildung eines durch Natur und Vernunft für alle Menschen maßgebenden Gesetzes: τὸ φύσει δίκαιον. Dieses natürliche Sittengesetz hat seinen Grund im göttlichen λόγος. Er befiehlt das Gute und verbietet das Böse[42]);

---

[37]) Zu diesem und dem Folgenden s. Philippson 295—98, 355.

[38]) a. a. O. 293.

[39]) Vgl. a. a. O. 298.

[40]) a. a. O. 334.

[41]) Vgl. Eckstein 99—109; A. Dyroff, Ethik der alten Stoa (Leipzig 1897).

[42]) Vgl. Cicero, De nat. deorum 1, 14: Zeno autem naturalem legem divinam esse censet eamque vim obtinere recta imperantem, prohibentemque contraria.

in ihm wurzelt ein natürliches Recht[43]). Bei den Stoikern ist also die φύσις = νόμος; das Gesetz wird durch die vernünftige Gesamtnatur bestimmt. In der mittleren Stoa, in der die Vernünftigkeit der Menschennatur mehr hervortritt, kommt ein Zwiespalt in das stoische Denken; einerseits soll sich der vorweltliche λόγος σπερματικός in unendlich viele λόγοι σπερματικοί zerteilt haben, die alle Teile der Natur durchordnet halten[44]), und andrerseits soll der Mensch gegen die Leidenschaften ankämpfen, die dann zumindest als „ungeordnet" erscheinen. Dieser Gegensatz führte in der Neuzeit zur Verselbständigung der Vernunft, die als alleinige Quelle des Rechts der Natur gegenübertritt.

Für die Theorie der aequitas ist die Rechtsanschauung der Stoiker bis in die Gegenwart hinein wirksam gewesen. Das stoische φύσει δίκαιον wurde schon durch Vermittlung Ciceros, bei dem es deutlich in Korrelation zur aequitas steht (s. w. u.), zu einem folgenreichen Gestaltungsprinzip der römischen Jurisprudenz[45]).

Die rechtsaxiomatischen Momente, die bei den Griechen in Zusammenhang mit der ἐπιείκεια hervortreten, sind: bei Platon das Maß der menschlichen Beschränktheit (B. als Nachsicht), bei Aristoteles der Gedanke der geometrischen Rechtsgleichheit und die Notwendigkeit stetiger Gesetzesverbesserung (B. der besseren Angemessenheit), bei den Epikuräern das Prinzip der Gegenseitigkeit (im utilistischen Sinne bezw. im Sinne des Mitleids) und bei den Stoikern das vorordnende φύσει δίκαιον auf dem Grunde des λόγος (im Sinne religiöser Noesis). Mit diesen Momenten erstellen die Griechen die Elemente der Theorie der B., deren „thematische" Ausbildung wir nun weiter verfolgen.

Die Billigkeit (aequitas) in der Praxis der Rechtsfindung bei den Römern.

§ 12. Schon weit vor Cicero galt in der Praxis des römischen Rechtslebens die Berufung auf aequitas als grundsätzlich[46]); dadurch wurde die aequitas zu einer ergiebigen Rechtsquelle[47]).

---

[43]) Stob. Ecl. 2, 184: Τὸ δὲ δίκαιόν φασι φύσει εἶναι καὶ μὴ θέσει.

[44]) Die prototypische Formulierung dieser Ableitung, die auch für die naturrechtliche Systematik des Mittelalters und ihrer Tradition bis in die Gegenwart hinein gilt, findet sich schon bei Heraklit: Τρέφονται γὰρ πάντες οἱ ἀνθρώπειοι νόμοι ὑπὸ ἑνὸς τοῦ θείου. Diels (1934) I, 176.

[45]) Vgl. Cic. De republica und De legibus; M. Voigt, Die Lehre vom ius naturale aequum et bonum und ius gentium der Römer, 4 Bde. (Leipzig 1856).

[46]) Vgl. Stammler 22.

[47]) Vgl. Bekker, Ueber röm. und moderne aequitas, i. Jb. d. intern. Vgg. f. vgl. Rechtsw. u. Volkswirtschaftslehre I (1896) bes. 339 ff.

So kann man das sog. Juristenrecht, das namentlich dann auftritt, „wenn es sich darum handelt, Anschauungen und Bedürfnisse der Gegenwart mit dem Wortlaut eines zeitlich weit zurückliegenden Gesetzes in Einklang zu bringen“[48]), als Form der aequitas ansehen. Auch die edicta aedilicia und provincialia sowie das edictum perpetuum der Prätoren sind Weisen der Rechtsgenese, die ohne aequitas nicht möglich gewesen wären. Aequitas begegnete bei den Römern in vielfältigen, auch alltäglichen Redewendungen. Kraft des praktischen Vermögens zur aequitas vermochten die Römer der Republik sogar, dem Einfluß des griechischen theoretischen Rechtsdenkens lange zu widerstehen.

Eine Verarbeitung des griechischen Rechtsdenkens mit den römischen praktischen Voraussetzungen vollzog erst Cicero. Er unterscheidet im Anschluß an die Stoa und unter Berücksichtigung von Platon und Aristoteles das ius civile vom ius naturale (bei Cicero auch = ius gentium), freilich ohne zu einer endgültigen Klärung zu kommen[49]). Dabei erscheint die aequitas (zukünftig immer = aeq.) in Gegensatz zu dem objektiv Festgelegten, den scripta, verba, littera, als das höhere Prinzip der Gerechtigkeit[50]).

Die römischen Juristen der Kaiserzeit bildeten das ius gentium zu einem durchsichtigen, natürlich-billigen[51]) Verkehrsrecht aus und besorgten dessen für die spätere Rechtsentwicklung so wichtige Kodifizierung.

Die aeq. fungierte in der Entwicklung des römischen Rechts als das vorzüglichste rechtverbessernde Moment, wovon sich etwa folgende Stufung aufzeigen läßt[52]): zunächst iuris civilis supplendi causa (d. h. im rechtsnormenfreien Raum), dann iuris civilis adiuvandi causa (übergreifend in das Normengebiet) und schließlich iuris civilis corrigendi causa (an die Stelle des vorhandenen Rechts neues Recht setzend), in allen Fällen also rechtsgenetisch. „Roms Jurisprudenz hat das Verdienst, die aeq. zum juristisch

---

[48]) Vgl. P. Jörs, Gesch. und System d. röm. Privatrechts, i. Encykl. d. Rechts- u. Staatswiss. (Berlin 1927) 2 ff. und dort. Lit. u. Quellen. Im übrigen erwähnt dieses Werk die aequitas namentlich nicht.

[49]) Vgl. V. Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht 193: „Die ciceronianische Einteilung des Rechts in ius gentium und ius civile deckt sich im wesentlichen mit der Unterscheidung des aristotelischen δίκαιον πολιτικόν in das δίκαιον πολιτικὸν φυσικόν und das δίκαιον πολιτικὸν νομικόν; jenes ist das ius gentium, dieses das ius civile. (cf. Cic. d. offic. 3, 17; 3, 5, 23; u. a.)“.

[50]) Cicero, pro Caecina 37, 65, 66; 77, 80, 104; pro Mur. 27; Top. 9; part. or. 129 f.; Brutus 145, 198; vgl. Binder 403 u. dort. Lit.

[51]) Vgl. Sohm, Inst. d. röm. Rechts 1891[4]) 43; Cathrein 201.

[52]) Voigt IV, 22 ff.; W. 24 ff.

brauchbaren Instrument der vernünftigen Rechtsanwendung und der Rechtsfortbildung gemacht zu haben"[53]).

Dem praktischen Sinn der Römer entsprechend war ihre aeq. nach der utilitas bemessen, ein Moment, das die römische aeq. von der (z. T. gleichzeitigen) patristisch-christlichen unterschied (s. w. u.). Eine theoretische Vertiefung hat die aeq. und das ius gentium bzw. naturale durch die Römer nicht erfahren, abgesehen freilich von Cicero, bei dem die (stoische) Gleichung lex naturale = lex divina galt[54]).

Die römische Jurisprudenz hinterließ auch eine Antinomie der aeq., die der Folgezeit viel Mühe bereitet hat; es ist das Problem, ob die aeq. nur dem Kaiser oder auch dem Richter zukomme[55]). Dieses Problem entstand erst unter dem Absolutismus der spätkaiserlichen Zeit; die kaiserliche Allmacht behielt sich die Auslegung der Gesetze vor: „Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere"[56]). Damit war die aeq. als rechtsgenetisches Moment praktisch ausgeschaltet. Der richterlichen Tätigkeit blieb nurmehr nichts weiter als die Erhaltung und Ausbeutung des vorhandenen Rechtsstoffes. Daraus ergab sich bald zwangsläufig die Methode der Ergänzung des Rechtssystems aus sich selbst; die „Entwicklung" des römischen Rechts war abgebrochen[57]). Im 12. Jht. griff man auf die aequitaseinschränkenden Stellen zurück zur Begründung der aeq. scripta (der vom Gesetzgeber genau umschriebenen aeq.). Diese wirkte wiederum bis in die „Generalklauseln" der Kodifikationen des 19. Jhts. nach. Auch in dem durch das mittelalterliche und spätere Naturrechtsdenken gehende Problem, ob nur die Obrigkeit oder u. U. auch der Einzelne ex aequitate entscheiden dürfe, fand und findet die aequitaseinschränkende Tendenz ihre Nachwirkung.

In axiomatischer Hinsicht legt die römische Aequitas-Praxis und das römische Recht überhaupt vorzüglich utilistische, aber auch (Cicero) religiöse rationes iuris klar.

Die charitative Billigkeit der Patristik.

§ 13. Die Patristik[58]) bildete ein eigenes Naturrecht aus. Dabei fand sie zwar den Anschluß an die besagte griechisch-römi-

[53]) W. 27.

[54]) Cic., Philipp. 9, 12, 28: „Est enim lex nihil aliud nisi recta et a numine deorum tracta ratio imperans honesta, prohibens contraria." — Cicero war zeitweilig auch Pontifex und von altrömischen religiösen Idealen erfüllt.

[55]) W. 26.

[56]) L. 1 C. de leg. (1, 4).

[57]) Vgl. G. Kiß, Billigkeit und Recht, i. ArchRWPh 3 (1909/10) 542 f.

[58]) W. 27—32; Otto Schilling, Naturrecht und Staat nach d. Lehre der alten Kirche (Paderborn) 1914); Cathrein 201—203.

sche Tradition, besonders an deren Terminologie, war aber zunächst im wesentlichen religiös bestimmt. Im religiösen Sinne waren das mosaische Gesetz und die evangelische Lehre ihrem Inhalt nach die quasi naturrechtliche Grundlage[59]) der patristischen Rechtsdoktrin. Von nachhaltiger Wirkung war die paulinische Lehre[60]), daß auch den Heiden, denen das geschriebene mosaische Gesetz fehlt, ein Gesetz von Gott ins Innere geschrieben sei. Diese Lehre wurde von den Kirchenvätern[61]) eingehend kommentiert und entwickelt, besonders von Augustinus (354 bis 430), nach dem das natürliche Gesetz sich im Gewissen[62]) kundtut und als lex naturalis der lex aeterna, die mit der göttlichen Vernunft identisch ist, entspricht[63]). Diese göttliche Vernunft (ratio divina) ist zugleich der Grund des natürlichen und des geoffenbarten Gesetzes und also auch des Gebotes der christlichen Nächstenliebe. So findet in der augustinischen Theorie von der lex aeterna die stoische Lehre von der Gleichheit der lex naturalis mit der lex divina und die Sittenlehre des Christentums ihre in der Patristik vollkommenste Synthese. Sie wurde die Grundlage für die in der Folgezeit allgemeine und auch für die aeq. systematisch so wichtige Abstufungstheorie (lex aeterna — lex naturalis — lex humana)[64]).

Weit vor Augustinus fand die aeq. Belebung durch die Praxis der christlichen Nächstenliebe. Anlaß dazu boten nur zum geringen Teil Schriftstellen[65]), in sehr hohem Maße aber die Sklaverei, die zum Christentum im Widerspruch stand und die oft zum Leitmotiv für naturrechtliche Erwägungen wurde[66]).

---

[59]) Wenn später Gratian definierte, ius naturale est quod in lege (scil. Mosaica) et in Evangelio continetur, so hieß das lediglich, ius naturale sei im Alten und im Neuen Testament enthalten; vgl. Suarez, De leg., Lib. 2, c. 7, n. 9; Cathrein 207.

[60]) Röm. 2, 14—16.

[61]) Hieronymus, Epist. 121; Ambrosius, Epist. 41.

[62]) Aug., L. 2 de Sermone Dom. in monte: Nulla anima est, quae ratiocinari possit, in cuius conscientia non loquatur Deus. Quis enim legem naturalem in cordibus hominum scribit, nisi Deus?

[63]) Aug., Qu. ad Quodvult Deum q. 53: ipsius legis aeternae atque adeo summae et incommutabilis rationis divinae in mentibus hominis facta transcriptio.

[64]) W. 31; Otto Schilling, Die Staats- u. Soziallehren des hl. Augustinus (Freiburg 1910) 166, 174 f.

[65]) wie z. B. Kol. 4, 1; Eph. 6, 9.

[66]) W. 28: „Da es dem einzelnen Christen nicht möglich war, die Sklaverei, hinter deren Rechtstheorie doch wirtschaftliche Notwendigkeiten der antiken Wirtschaftsorganisation standen, aufzuheben, mußte er sich damit begnügen, den Rechtsstandpunkt gegenüber dem Sklaven durch aequitas zu mildern."

Ueber Clemens von Alexandrien († c. 216) und Gregor von Nazianz († 390) kam die griechische Epikie in Abwandlungen der ἰσότης, der Gleichheit (aller vor dem Rechte)[67]), in die Erwägung. Bei Johannes Chrysostomus († 407) erschien die Epikie als Inbegriff aller sozialen Tugenden[68]). Von Cicero beeinflußt war Lactantius († c. 325), bei dem die aeq. (neben der pietas) als altera iustitiae pars[69]) steht. Welcher Unterschied aber zwischen der römischen und der christlichen aeq. bestand, erhellt deutlich aus Ambrosius (334—397): die utilitas trat nach christlicher Auffassung hinter der aeq. zurück[70]); die aeq. bedeutete eine Milderung durch teilweisen Verzicht auf Rechte[71]). Augustinus scheint sich mit der aeq. nicht eigens auseinandergesetzt zu haben[72]), wofern man nicht die „Goldene Regel"[73]) des natürlichen Sittengesetzes, die sich in seinen Schriften angeführt und begründet findet, für eine Aequitasformel ansehen will.

Die aeq. der Patristik war im wesentlichen charitative aeq. Rechtsaxiomatisch relevant ist sie in bezug auf die in Gott gründende Würde der menschlichen Person.

Die schöpferische und korrigierende Billigkeitsjustiz bei den Germanen.

§ 14. Zwischen Patristik und Hochmittelalter schiebt sich die für die Rechtsgeschichte so bedeutsame Entwicklung der germanischen Staaten. Wie oben bereits angedeutet, war im frühgermanischen Volksstaat das Recht = B.[74]) Es war „erwachsen als die Ueberzeugung der Volksgenossen von der richtigen Ordnung oder ‚Lage' (daher skand. lagh) der Lebensverhältnisse ... Es war jedem bekannt und hieß daher auch got. witwoth, ahd. wizzôd (zu witan = wissen) ... Es war dem ruhigen Lauf der Entwicklung gemäß im Ganzen beharrend und erschien daher als „ewig" (ê, êwa [vgl. Ehe]) ... Es bedurfte nicht der Aufzeich-

---

[67]) also aeq. im Ursinne = aequalitas (§ 7).

[68]) W. 29 u. 30.

[69]) Div. Inst. 5, 14; W. 29.

[70]) Ambros., De officiis 3, 5, 31; Schilling 142; W. 30.

[71]) also besonders hinsichtlich der Sklaverei.

[72]) W. 30.

[73]) Aug., Enarr. in Ps. 57, n. 1: „Quod tibi non vis fieri, ne facias alteri", wie im deutschen Sprichwort „Was du nicht willst, daß man dir tu, usw." Das Wort findet sich auch übereinstimmend in Tob. 4, 16 (vgl. auch Matth. 7, 12, Luc. 6, 31) sowie bei Lampadius (über Alex. Severus, dessen Sentenz es war), Seneca und Isokrates; vgl. Büchmann, G. W. (1926) s. v.

[74]) Amira 11; v. Schwerin, Germ. Rechtsgesch. (Berlin 1936) 21.

nung, weil die Volksüberzeugung in der rechtsprechenden Versammlung in jedem Augenblick gegenwärtig war“[75]).

Allmählich setzte sich eine Scheidung von Rechts- und Billigkeitshöfen durch. Billigkeitshöfe waren die Königsgerichte bei den Langobarden, Westgoten und Nordgermanen[76]). Näherin bekannt sind die Königsgerichte und späteren Pfalzgrafengerichte der Franken, an denen „secundum aequitatem“ entschieden werden konnte (aequitatis iudicium). Die Billigkeitsjustiz lag nicht mehr beim Volke, sondern bei den Trägern der höchsten Amtsfunktion[77]). Das „Verfahren konnte von dem ordentlichen Gerichte abweichen. So wurden . . . wesentliche Neuerungen im Verfahren wie im materiellen Recht angebahnt“[78]). Freilich ließ sich das Volksrecht infolge seines starken Beharrungsvermögens und mangels einer volksrechtlichen Grundlage nur sehr allmählich und in politisch bedingten Formen fortbilden[79]). Wie weit dabei die aeq. mit dem Machtstreben kollidierte, kann hier nicht untersucht werden. In solchen Fällen mochte das Festhalten am starren ius strictum dem Volke größere Rechtssicherheit bieten als das weniger sichere „aequitatis indicium“. Jedenfalls setzte das „aequitatis iudicium“ allemal einen Herrscher voraus, der durch seine Entscheidungen das Recht nicht beugte, sondern verbesserte.

Es ist eine geschichtswissenschaftliche Streitfrage, wieweit der geistliche Einfluß an der Entwicklung der germanischen Billigkeitsjustiz beteiligt war[80]). Sicher ist, daß die Kirche den Billigkeitsgedanken gefördert und ihn in Verbindung mit verwandten Gedanken, wie Gnade und Misericordia, geistlich durchdrungen und in dieser Modifizierung begünstigt hat. Andrerseits darf der Einfluß der Kirche auf die germanische Rechtsentwicklung nicht überschätzt werden[81]). Es ist auch umgekehrt die Wirkung des

---

[75]) v. Schwerin, a. a. O. — Vgl. F. Feist, Etymol. Wörterbuch d. got. Sprache (Halle 1920 [2]) 427, 434: witoþ = Gesetz, weitwoþs = Zeuge; zu w. im Sinne von erfahren, sehen, kundig vgl. F. Holthausen, Got. etymol. Wörterbuch (Heidelberg 1934) 124, 127; Fick, Indogerm. Wörterbuch III (Göttingen 1909) 409 f.

[76]) Vgl. Brunner-Schwerin 186; Amira 206 f; W. 148

[77]) Vgl. Gillis 65—67.

[78]) v. Schwerin 137; W. 32—42.

[79]) Vgl. v. Schwerin 83.

[80]) Vgl. Rühl, ZRG (G) 20 (1899) 207; Brunner-Schwerin 64 ff., 184; W. 32 ff.; Hohenlohe, Die natürl. Rechtsgrundsätze im Lichte der christl. Wahrheiten, i. ArchRWPh 12 (1918/19) 42 f.

[81]) Vgl. Albert Werminghoff, Die Fürstenspiegel der Karolingerzeit, HZ 89 (1902) 214; W. 33; Fritz Kern, Gottesgnadentum und Widerstandsrecht i. fr. Mittelalter (Leipzig 1914) 140 ff.

germanischen Rechts auf das kanonische Recht zu berücksichtigen (was schließlich zu dem führte, was germanisches Kirchenrecht genannt worden ist)[82]). Die Kirche forderte von den Herrschern ebenso wie vom Papst aequitas[23]). Damit kam sie der germanischen Volksanschauung entgegen, nach der gerade der König ideale Gerechtigkeit und Rechtsverbesserung zu üben hatte[84]).

In diesem Sinne gehörte die aeq. zum Idealbild des frühmittelalterlichen germanischen Herrschers. Dieses Idealbild durchdrang auch die Rechtsvorstellungen des späteren Mittelalters[85]). In Deutschland freilich konnte sich „bei der zunehmenden Feudalisierung des Staates das Königsgericht nicht auf der im Frühmittelalter erreichten Höhe halten"[86]). Aber der heiligmäßig gerechte Herrscher war doch das Ideal des Mittelalters[87]). Es spricht lebendig aus den Gebeten und Riten der Ordines der Herrscher- und Königsweihen und der Kaiserkrönung[88]).

Die Billigkeitsjustiz der Germanen zeigt, daß das „billige Ermessen" vorzüglich dem gebührt, der tiefere Einsicht in die größeren — letztlich axiomatischen — Zusammenhänge hat.

Antinomie der Billigkeit in den frühmittelalterlichen Rechtsschulen.

§ 15. In den frühen mittelalterlichen Rechtsschulen von Rom, Ravenna, Pavia und Bologna wie überhaupt in der Zeit von der Völkerwanderung bis zum 12. Jht. ist die romanistische Tradition mit wechselnder Betonung der aeq. nie erloschen[89]). Die Schule von Pavia erklärte vorzugsweise langobardisches Recht mit weitem Einbezug des römischen Rechtes. Die Rechtsschule von Ravenna, die seit dem 9. Jht. nachweisbar ist, erachtete sich selbst als eine Nachfolgerin der alten römischen Juristen und übte unter reicher Verwendung der aeq. eigne Rechtsschöpfung. Diese Funktion lag in der Hauptstadt des Exarchats, in der sich longobardisches und römisches Recht kreuzten, nahe; die aeq. gab die Möglichkeit zu naturrechtlichem Ausgleich zwischen beiden Rechten. Aber die Arbeiten der Schule von Ravenna waren quellen-

---

[82]) Vgl. Ulrich Stutz, Kirchenrecht i. Kohler-Holtzendorffs Enzykl. V (Berlin 1914) 299, bes. betr. Eigenkirchenwesen; W. 32.

[83]) W. 149.

[84]) W. 149.

[85]) W. 42.

[86]) Amira 261; W. 148.

[87]) Vgl. Fritz Kern 162; W. 42.

[88]) Vgl. Eduard Eichmann, Königs- und Bischofsweihe (München 1928); Dempf, Sacrum Imperium, 147—153; W. 42—48; Kern 74ff.

[89]) H. Fitting, Die Anfänge der Rechtsschule von Bologna (Berlin-Leipzig 1888); W. 48ff.

mäßig unvollkommen unterbaut, so daß auch aus diesem negativen Grunde der Billigkeit große Bedeutung zukam. Ueberdies war der Geist der Zeit sehr aequitasfreundlich, so daß bald die Gefahr bestand, die Verbindlichkeit zum ius strictum überhaupt zu verlieren. In dieser Situation setzte um die Wende des 11. und 12. Jhts. die Rechtsschule von Bologna ein, die, gestützt auf bessere Quellenkenntnis, zum römischen ius strictum zurückführte. Die „aeq. ex corde" (später „aeq. cerebrina") wurde abgelehnt und die Theorie der „aequitas scripta", die für die B. gesetzliche Anknüpfungspunkte verlangt, begründet[90]). Bei dieser Begründung griff man auf die aequitaseinschränkenden Stellen aus dem Bereich der spätrömischen Aequitas-Antinomie zurück[91]). (Vgl. § 12.)

In rechtsaxiomatischer Hinsicht ist dieser Zusammenhang nicht aufschlußreich. Er wirft aber ein Licht darauf, inwiefern weder ius aequum noch ius strictum allein ausreichen.

Die Billigkeit in der physisch-metaphysisch begründeten Naturrechtstheorie der Hochscholastik.

§ 16. Während die römische Jurisprudenz in der durch die mittelalterlichen Rechtsschulen überlieferten Form mehr zur Ausgestaltung des Corpus iuris canonici gereichte, war es die rechtsphilosophische Tradition Griechenlands, die mehr der Rechtsphilosophie der Scholastik zugute kam, wobei aber Scholastiker und Kanonisten auch in gegenseitiger Beeinflussung standen und zur Vereinigung in einer christlichen Sozialphilosophie strebten[92]). In der Scholastik und durch die Scholastik erfuhr das utilistisch verhaltene römische Recht eine ethische Umgestaltung. Ihre Tendenz war die Durchsetzung des Primats der Justitia über das Ius[93]). Mit dieser Durchsetzung war das Problem der aeq. von neuem gestellt. Dies besonders insofern, als die aeq. scripta, das stark nachwirkende Ergebnis der Rechtsschule von Bologna, der universalistischen (= realistisch-ethisch-transzendenten) Naturrechtsauffassung der Scholastik gegenüber nicht ausreichte[94]). Eine klare Lösung fand

---

[90]) Gustav Pescatore, Beiträge zur mittelalterl. Rechtsgesch., Heft 4 (Greifswald 1894) 91; W. 55.

[91]) W. 55.

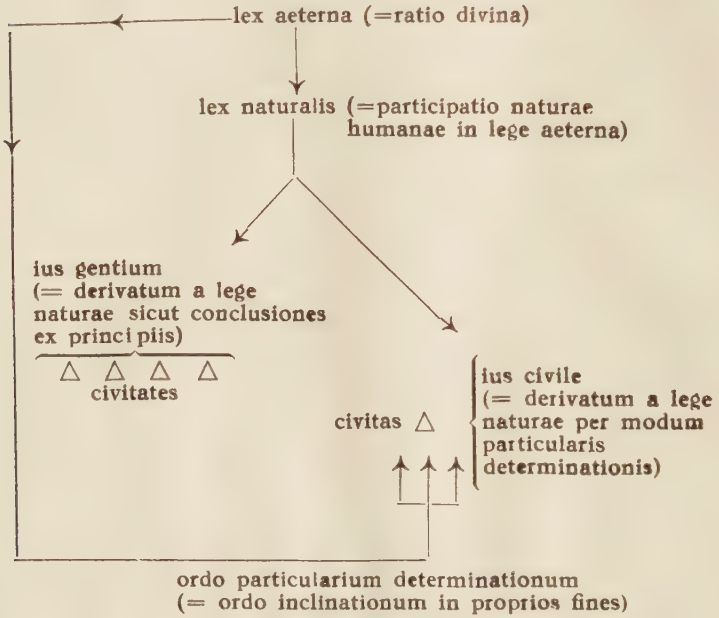
[92]) W. 56 ff.

[93]) Vgl. E. E. Hölscher, Die ethische Umgestaltung d. röm. Individual-Justitia durch die universalistische Naturrechtslehre d. mittelalterl. Scholastik, Bd. 59 (1932) d. Veröff. d. Rechts- u. Staatswiss. Sekt. d. Görres-Ges.

[94]) Die realistisch-ethisch-transzendente Naturrechtslehre ist also von der Scholastik z. T. gegen römische Individualjustiz ausgebildet worden. Universalistisch ist die realistisch-ethisch-transzendente Naturrechtslehre hinsichtlich ihres systematischen Umfangs, der weit über die

das Problem der aeq. bei Thomas von Aquin und dessen Kommentator Cajetan. Ihre Arbeiten wurden für die Folgezeit grundlegend[95]). Wegen der durchsichtigen Gliederung der rechtstheoretischen Elemente müssen wir vor der Aequitaslehre des Aquinaten auch dessen Gesetzeslehre betrachten.

Thomas († 1274) faßte alle Traditionen seiner Zeit zusammen und schuf vermittels seiner Gesetzesstufungstheorie ein universalistisches System des Rechts[96]). Die Abstufungstheorie hat nach dem Vorgang der augustinischen (stoisch-ciceronisch-neuplatonischen) Lex-aeterna-Lehre[97]) folgendes Schema[98]):



Figur 1 (Thomas v. Aq.).

---

das röm. Recht bestimmende utilitas hinausgreift. Sie ist ferner universalistisch hinsichtlich der Verbreitung ihres Gegenstandes; schlechthin alle Völker kennen naturrechtliche Grundlagen, sowohl allgemein-menschliche als auch eigentümliche (in bezug auf Völker, Stämme, Familien und Individuen).

[95]) Die Frage, ob und wie sich Duns Skotus mit der Epikie auseinandergesetzt hat, wäre wegen der großen geistesgeschichtlichen Bedeutung des Doctor subtilis einer besonderen Untersuchung wert. Nach W. 82 scheint sich Duns Skotus mit der Epikie nicht befaßt zu haben. Vgl. jedoch Fidelis Schwendinger, Die Pflichtenkollision nach den Prinzipien des Johannes Duns Skotus, in Wissenschaft und Weisheit, Vjschr. f. syst. franzisk. Phil. u. Theol. 4. Jg. (Freiburg Br. 1937) II.

Die lex divina aeterna ist mit der Weisheit des göttlichen Wesens identisch. Die lex naturalis ist der Abdruck der lex aeterna im natürlichen Menschengeiste. Die reinen Ableitungen aus der lex naturalis (sicut conclusiones ex principiis) ergeben das ius gentium als das allen Völkern gemeinsame Recht[99]). Die Ableitungen aber nach Maßgabe der konkreten Voraussetzungen, Bedingungen und Umstände (per modum particularis determinationis) ergeben das ius civile[100]). Bei Thomas werden also die konkreten Voraussetzungen, Bedingungen und Umstände (wie Volk, Staat, Situation, Beruf, Anlage, Neigung, Zufall u. a. m.) als natürliche (kreatürliche) Vorgegebenheiten in die Rechtsgenese einbezogen. Die lex aeterna ist der oberste vernünftige Grund sowohl der lex naturalis als auch der konkreten Voraussetzungen, Bedingungen und Umstände wie überhaupt des Ganzen und damit auch der letzte Grund des rational nicht oder nicht mehr ganz Faßbaren.

In der vernünftigen wie in der unvernünftigen Natur liegt nun nach Thomas — der sich hier wieder deutlich an Aristoteles anschließt — eine Hinneigung zu den wesensgemäßen Zielen bzw. in der menschlichen Natur eine Hinneigung zu den wesensgemäßen Akten[101]). Die Hinneigung der menschlichen Natur ist eine dreifache: quatenus est substantia, animal, rationalis[102]). Soweit sie Substanz ist, neigt sie zur Selbsterhaltung, soweit sie animalisch ist, zur Arterhaltung, und soweit sie geistig ist, zur wesensgemäßen (auch übernatürlichen) Erfüllung. (Auf diese für die anthropologische Begründung des Naturrechts bedeutsame Lehre werden wir später bei Erörterung des ontologischen Ordnungs- und Gestaltungsdenkens genauer eingehen. Vgl. § 70.) In dieser Lehre hatte Thomas den Geist der Naturwissenschaft vorweggenommen,

---

[96]) Vgl. Michael Wittmann, Die Ethik des hl. Thomas von Aquin (München 1933) 318—368, wo betont wird, daß Thomas in seiner Gesetzeslehre weniger von Aristoteles und mehr von Augustinus abhänge. Dies wird in unserem Zusammenhang nur hinsichtlich des Schemas der Abstufungstheorie sichtbar.

[97]) Wittmann 329; W. 79.

[98]) S. th. I, II, q. 95, a. 2, auch a. 4. Unser Schema ist natürlich sehr vereinfacht.

[99]) Das ius gentium ist vom Völkerrecht (im Sinne des internationalen Rechts) zu unterscheiden; zum Völkerrecht vgl. Cathrein, Die Grundlagen des Völkerrechts (1918).

[100]) Vgl. Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht, 203—205.

[101]) Zu dieser Lehre der „leges naturales", d. s. die inneren wesenhaften Gesetzlichkeiten des Hinstrebens zum vollkommeneren Sein (Ordo inclinationum in proprios fines), vgl. S. c. gent. III, 17 ff.; S. th. I, II, q. 91 a. 6.

[102]) S. th. I, II, q. 94, a. 2.

ihn aber nicht emanzipierend, sondern in der realistisch-ethisch-transzendenten Ordnung der Gesetzesstufungstheorie rezipierend.

Die lex naturalis ist also in den Stufen des Seins je schon anlagemäßig vorgeformt. Sie wird erst im Menschengeiste bewußt und in ihm gleichsam transparent zur lex aeterna hin. In dieser höchsten Spitze ist dann das Prinzipium der ethischen Deduktion erreicht.

Im Menschen findet diese Deduktion ihre Anwendung auf den einzelnen Fall. In seinem Gewissen[103]) kreuzen sich die idealen Linien der Deduktion und die realen der hinaufstrebenden vorgeordneten Natur. So schließt sich der doppelte — in der ratio divina begründete — Kreislauf im Gewissen der (sittlich-rechtlich) Handelnden: sowohl im Gewissen des Gesetzgebers als auch im Gewissen der Verpflichteten und Berechtigten[104]) [105]).

Im übrigen fließt bei Thomas der metaphysisch-ethische und der positiv-politische Gesetzesbegriff zusammen, und zwar

---

[103]) Das Gewissen (conscientia) ist bei Thomas die Anwendung der Synteresis (der elementarsten Forderungen der Vernunft, quasi der λόγοι σπερματικοί) auf den einzelnen Fall. Die genaueren Unterscheidungen sowie die Herleitung kann hier nicht gebracht werden. Vgl. Wittmann 262—282.

[104]) Vgl. auch M. Grabmann, Das Naturrecht der Scholastiker von Gratian bis Thomas von Aquin, ArchRWPh 16 (1922/23) 50; O. Schilling, Die Staats- und Soziallehren des hl. Thomas v. Aquin (München 1930 [2]); ders. Kath. Moraltheologie I (München 1928) 92—125.

[105]) Zu erwähnen ist noch die lex divina (positiva) als mehr theologischer Bestandteil der Gesetzeslehre des Aquinaten. Die lex divinia (positiva) stammt aus der übernatürlichen Offenbarung. Sie promulgiert jene Gesetze, die der Mensch kraft seiner natürlichen Teilnahme an der lex aeterna nicht erkennen kann, und kommt der sittlichen Vernunft auch im Bereich des Natürlichen zu Hilfe. Vgl. Wittmann 360—62. Die lex divina (positiva) ist nicht mit dem Kirchenrechte zu verwechseln; dieses gehört unter lex humana. — Hinsichtlich der Aequitas oder Epikie sei hier schon allgemein vorgemerkt: Epikie gegen Naturrecht ist bei den Scholastikern und Kanonisten kontrovers; positives Recht aber (ius civile, ius canonicum) und lex divina (positiva) werden durch lex naturalis begrenzt; Epikie ihnen gegenüber geschieht unter Berufung auf lex naturalis. Die naturrechtliche Begrenzung der lex divina (positiva) ist biblisch begründet (Matth. 12, 1 ff.; Luc. 14, 1 ff.; I. Sam. 21 ff.); vgl. Schilling, Kath. Moraltheologie I, 186. Zur naturrechtlichen Begrenzung von ius civile und ius canonicum vgl. Decret. Dist. 9 c. 11: Constitutiones ergo vel Ecclesiae vel saeculares, si naturali iuri contrariae probantur, penitus sunt excludendae. — Berolzheimer schrieb in seinem System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie (1904 ff.) II, 72: „Im Mittelalter erscheint das Recht als Ausfluß des göttlichen Wesens, vermittelt durch die Satzungen der Kirche." (!) Auf diese Stelle verwies Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht, 207, um sie als ein Beispiel der partiellen Unwissenheit darzutun, die für die Beurteilung des Naturrechts so verwirrend war.

deshalb, weil das Gesetz das gemeine Wohl wie auch das ewige Ziel gleicherweise gewährleisten soll[106]). In dieser Total-Intention einer „socialitas" definiert Thomas das Gesetz: als eine von der Obrigkeit bekanntgemachte Anordnung der Vernunft zum Zwecke der gemeinsamen Wohlfahrt[107]).

§ 17. Die Aequitas[108]) (bei Thomas in Gegensatz zur iniquitas stehend, epiikia, eugnomosyne) fungiert in diesem System der Gesetzesstufung als eine in der lex naturalis gründende species iustitiae[109]). Sie ist die Fähigkeit bzw. Tugend des guten oder richtigen Urteilens über außergewöhnliche Dinge oder Handlungen, besonders über solche, die sich nicht wörtlich nach dem geschriebenen Gesetz durchsetzen lassen, ohne wider den Willen des Gesetzgebers oder die höhere Norm zu verstoßen. „In his et similibus casibus malum est sequi legem positam, bonum autem est, praetermissis verbis legis sequi id, quod poscit iustitiae ratio et communis utilitas"[110]). Nach der aeq. gehorcht man dem Gesetz

---

[106]) Vgl. Lottin, La définition classique de la loi. Rev. Neo-Scol. de Philos. (Louvain 1925) 252 ff.; Wittmann 323. — B. Brands, Die Bedeutung der Scholastik f. d. Rechtsphil. d. Gegenwart m. bes. Beziehung auf Thomas v. Aquin, i. ArchRWPh 8 (1914/15) 83, versuchte nachzuweisen, daß bei Thomas Aquinas der Zwang ein wesentliches Merkmal der lex humana gewesen sei (S. th. I, II, q. 95, a. 1). Diese umstrittene Lehre geht auf Aristoteles zurück (vgl. Sauter 42). Brands faßt sie aber in bezug auf Thomas Aq. falsch auf; bei Thomas ist die Erzwingbarkeit lediglich ein Vollkommenheitsmoment des Gesetzes (vgl. S. th. I, II, q. 96, a. 4 u. 5). Sachlich ist zu bedenken, daß faktisch metaphysisch-ethische Gesetze selten und positivpolitische Gesetze nicht immer erzwingbar sind (man denke an Minderheitenrecht oder an Ueberschneidungen verschiedener politischer Rechtsbereiche bei Kriegseinfällen u. dergl.); die Rechtmäßigkeit des „unterlegenen" Gesetzes kann in einem solchen Falle durch Macht mißachtet, niemals aber ideell suspendiert werden. Die Frage nach der Erzwingbarkeit des Rechts als einem wesentlichen Merkmal desselben, die in der neueren deutschen Rechtsphilosophie viel diskutiert worden ist, hatte bei Christian Wolff und Kant zu dem Ergebnis geführt, daß Billigkeit ein Recht ohne Zwang sei (s. w. u.). Auch nach Schilling, Kath. Moraltheologie I, 60, der sich durchweg nach Thomas Aq. richtet, gehört die Erzwingbarkeit nicht zu den Wesensmomenten des Rechts, sondern nur zu dessen Vollkommenheit. Vgl. auch S. Reinstadler, Elem. phil. schol. II (Freiburg Br. 1932[14]) 431: Ius imperfectum est illud, quod non ... via coactionis exigi potest.

[107]) ... quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo, qui curam communitatis habet, promulgata; S. th. I, II, q. 90, a. 4.

[108]) Hauptstellen: S. th. I, II, q. 96, a. 6; II, II, q. 120, a. 1 und a. 2; im übrigen verstreut, vgl. W. 78—81; Haring, 583 ff.

[109]) 5 in Eth. Nic. 16 k; ib. a; S. th. II, II, q. 120, a. 2.

[110]) S. th. II, II, q. 120, a. 1, c.

auf höhere Weise[111]). Die aeq. ist bei Thomas sowohl ein naturrechtliches Regulativ zur Vermeidung starrer und zur Herbeiführung richtiger Rechtsanwendung als auch eine Methode zur Lösung der Normenkollision[112]). Demgemäß hat sie das öffentliche Interesse im allgemeinen wie auch die subjektiven Rechte der einzelnen im Sinne ungebeugter Gerechtigkeit — nach der Ordnung der Gesetzesstufentheorie — zu regulieren. Thomas greift auf den aristotelischen Gedanken zurück, daß der Gesetzgeber nicht alle möglichen Fälle vorsehen kann, und daß also das positive Gesetz oft der Ergänzung und Verbesserung durch die Epikie bedarf. Aber auch die platonische Begründung der Epikie durch Nachsicht und Milde greift Thomas auf[113]). Beide Gedanken dienen der möglichst vollkommenen Wahrung der Gerechtigkeit, die bei Thomas die soziale Tugend κατ' ἐξοχήν ist.

Die Möglichkeit der Lösung einer Normenkollision demonstriert Thomas (im Anschluß an Albert den Deutschen)[114]) durch ein Beispiel: Ein (gefährlicher) Wahnsinniger fordert sein früher in Verwahrung gegebenes Schwert zurück. Trotz des naturrechtlichen (abgeleiteten) Satzes, daß das in Verwahrung Gegebene zurückzugeben sei, fordert unter den besagten Umständen die Epikie, die Herausgabe zu verweigern.

Da das Gesetz eine ordinatio ad bonum commune ist, verliert es seine Verpflichtungskraft, wenn es dem bonum commune entgegensteht[115]). Das gilt nicht nur in foro externo, sondern auch und besonders in foro interno (in foro conscientiae)[116]). Die Entscheidung darüber spricht Thomas nicht ohne weiteres jedem zu. Ist keine Gefahr in Verzug, so muß der Gesetzesherr, qui curam communitatis habet, befragt werden[117]); notfalls gilt aber: ipsa necessitas habet dispensationem annexam, wobei natürlich ein wirklicher Notfall vorausgesetzt wird[118]).

§ 18. Wie bei Thomas so ist auch bei Cajetanus[119]) (1469—1543) die Epikie eine naturrechtliche Funktion. Sie kann

---

[111]) ... dicitur autem in Graeco epiikes quasi id, quod est conveniens vel decens, ab ἐπί, quod est supra, et εἰκός, quod est oboediens, quia videlicet per epiikiam aliquis excellentiori modo oboedit, dum observat intentionem legislatoris, ubi dissonant verba legis. 5 in Eth. Nic. 16a; ib. b—h; 3 Sent. 37, 1, 4c; s. u. § 7.

[112]) Besonders von W. herausgearbeitet.

[113]) Vgl. Wittmann 350—52.

[114]) W. 77.

[115]) Wobei sich, wie gesagt, das bonum commune aber nicht in der Summe der bona saecularia erschöpft.

[116]) S. th. II, II, q. 120, a. 1.

[117]) Diese weise Rücksicherung des positiven Gesetzes geht wohl auf L. 1 C. de leg. (1, 14) zurück; W. 80 und 26.

[118]) S. th. I, II, q. 97 a. 2; W. 80.

[119]) W. 81—83; Haring 586 f.

nicht nur gegen ius positivum, sondern auch gegen praecepta in plurimis casibus vera des ius naturale angewandt werden[120]). Cajetan macht aber sehr sorgfältige Unterscheidungen und Einschränkungen der Zuständigkeit, um einem Mißbrauch der Epikie vorzubeugen. Voraussetzung zur Anwendung der Epikie ist immer ein contrarius defectus ob universalitatem[121]); ein defectus negativus genügt nicht[122]). Mit anderen Worten: Epikie ist nur möglich in Rücksicht auf Wahrung einer höheren Norm, d. h. zur Vermeidung der Verletzung einer höheren Norm. Epikie soll vermeiden, daß die Gesetzesbefolgung zu schiefen Ergebnissen führe. So wird die Epikie auch „superior regula humanorum actuum" genannt.

Auf die rechtsaxiomatische Transparenz der Epikielehre der Hochscholastik und ihrer physisch-metaphysisch begründeten Naturrechtstheorie werden wir im problematischen Teil genauer eingehen (§§ 70, 71). Hier sei nur gesagt, daß in dieser realistisch-ethisch-transzendenten Naturrechtstheorie als rechtbegründende Momente besonders Gott (ratio Dei), Physis (natura), Gemeinschaft (communitas)[123]) und Person (conscientia) erscheinen, und daß diese Momente in einem vollkommen ausgewogenen Korrelationszusammenhang stehen, der — wie immer man es beurteilen mag — in philosophischer Hinsicht exemplarisch bleibt.

Die auf die Praxis gerichtete Ausgestaltung der Billigkeitstheorie in der Spätscholastik und der beginnenden Neuzeit.

§ 19. Eine welthistorische Rolle spielte die Epikie Ende des 14. und Anfang des 15. Jhts. im abendländischen Schisma, und zwar zu Gunsten der konziliaren Theorie. Besonders Johannes Gerson (De unitate ecclesiastica, 1409) vertrat den Gedanken der Epikie angesichts der Verhältnisse, die jeder Norm entraten waren[124]).

§ 20. An dieser Stelle ist auch ein Hinweis auf die Equity im englischen Court of Chancery angebracht. Die Equity des englischen Kanzlergerichts ist eine im göttlichen Recht

---

120) nicht gegen praecepta universaliter vera; ad. II, II q. 120, a. 2.

121) ad II, II, q. 120, a. 1 und 2.

122) Defectus negativus ist die normale „Last" des Gesetzes (ius, iugum), contrarius defectus eine anormale Belastung, die der Gesetzgeber nicht beabsichtet hat. Der Gedanke des contrarius defectus begegnet auch bei Suarez und Alfons von Liguori (§ 21) und in der neueren deutschen Rechtsphilosophie bei Erich Jung (§ 66).

123) Ueber die scholastische Naturrechtstheorie als eine solche der Gemeinschaft vgl. H. H. Dietze (s. w. u. § 23, Anm. 1).

124) Näheres W. 83—88; Hergenröther-Kirsch, Hdb. d. allg. Kirchengesch. III (Freiburg 1915 [5]) 124—131.

(conscientia) gründende Billigkeitsjustiz. Gillis[125]) betont, daß sie eine erstaunliche Aehnlichkeit mit dem römischen Recht habe, was er umso bemerkenswerter findet, als das englische Recht eine autochthone Entwicklung durchlaufen hätte. Wohlhaupter[126]) zeigt aber, daß die equitable jurisdiction zwar auf die curia regis und die anglonormannische Tradition zurückgeht, daß aber — wie in den germanischen Ländern des Kontinents — die theologisch-kanonistischen Gedanken den Billigkeitsgedanken förderten und naturrechtlich durchformten. Vor allem waren es Einflüsse von Frankreich aus (Gerson), die der B. zugute kamen[127]).

§ 21. Die Entwicklung vom Mittelalter zur Neuzeit verlief nicht gradlinig. Während sich allenthalben der Geist der Neuzeit regte, erlebte im 16.—18. Jht. die Scholastik und deren realistisch-ethisch-transzendente Naturrechtstheorie einen neuen Aufschwung. In Spanien waren es Navarrus (1493—1583), Domenico Soto[128]) (1449—1560), Molina[129]) (1535—1600) und vor allem Suarez (1541—1617), um nur die bedeutendsten dieser Epoche zu nennen, die die Theorie der aeq. mit größtem Scharfsinn fortbildeten[130]). Bei Suarez findet sich wieder die Lehre vom contrarius defectus, jedoch in weiterer Auslegung als bei Cajetan[131]). Suarez kennt 3 Anwendungsfälle der Epikie:

1. wenn die Gesetzeserfüllung im konkreten Fall sittlich unerlaubt oder
2. außergewöhnlich schwer ist, oder
3. wenn nach vernünftigem Ermessen der Gesetzgeber nicht verpflichten wollte[132]).

Selbst um der Güter einer Einzelperson willen kann Epikie u. U. angewandt werden[133]). Suarez setzte sich auch mit der zu seiner Zeit viel verbreiteten Acceptationstheorie ausein-

---

[125]) Gillis 67—70.

[126]) W. 151—159.

[127]) Vgl. Paul Vinogradoff, Reason and conscience in 16 th century jurisprudence, Law Quart. Rewiew, Vol. 24 (London 1908) 374 ff. Das Wort Equity bürgerte sich erst seit dem 16. Jht. ein; W. 154.

[128]) Er stellte u. a. die Epikie im richterlichen Ermessen fest.

[129]) Molina arbeitete den Unterschied von Epikie und Dispens heraus.

[130]) Ueber den Einfluß der seit dem 16. Jht. sich ausbildenden spätscholastischen Moralsysteme (absolut. Tutiorismus, gemäßigter Tutiorismus, Probabiliorismus, Aequiprobabilismus, Probabilismus, Laxismus) auf die Lehre von der Epikie vgl. Haring 587 ff. Die Zulänglichkeit der Epikie hängt von der von den einzelnen Moralisten in verschiedenem Grad geforderten Probabilität ab.

[131]) Vgl. W. 95 f.

[132]) Suarez, De leg., Lib. 6, c. 7, n. 11.

[133]) Näheres W. 92—98; vgl. J. Kohler, Die spanische Naturrechtsschule des 16. und 18. Jhts., i. ArchRWPh X (1916/17) 235 ff.

ander. Nach dieser war zur Gültigkeit eines Gesetzes dessen Annahme durch die Untertanen unerläßlich. Obzwar Suarez ein Gegner dieser Theorie war, entsprach er ihr doch gerade in der Lehre von der Epikie weitgehend[134]). In Italien haben sich u. a. Prosper Lambertini (der nachmalige Papst Benedikt XIV.) und Alfons von Liguori (1696—1787) mit der Epikie beschäftigt. Alfons definiert sie als „exceptio casus ob circumstantias, ex quibus certo vel saltem probabiliter iudicatur, ligislatorem noluisse illum casum sub lege comprehendi"[135]). Nach Alfons ist Epikie nicht nur gegen menschliches Gesetz, sondern auch gegen lex naturalis möglich (s. § 76), immer jedoch in Ansehung eines contrarius defectus (vgl. Cajetan)[136]). Alfons steht zur sog. Cessationstheorie, bei der nach Wegfall der Gesetzesgründe auch die gesetzliche Verpflichtung aufhört[137]).

In dieser frühneuzeitlichen Periode fand die universalistische Naturrechtstheorie ihre allseitige, der Verschiedenheit der (alten und neuentdeckten[138])) Völker entsprechende und der Vielfalt der praktischen Bedürfnisse angepaßte Ausgestaltung[139]). Es bleibt festzuhalten, daß die Meister dieser Ausgestaltung im Strome einer zweitausenddreihundertjährigen Tradition (seit Heraklit) standen. Selber schon Männer der Neuzeit, führten sie die Tradition — vetera novis augentes — weiter.

§ 22. Auch auf protestantischer Seite fanden sich eifrige Verfechter der B.[140]). Luther spricht in seiner Schrift „Ob Kriegsleute auch in seligem Stande sein können" (1526) begeistert von der B. (Epiikia, Equitas), die „aus der vernunfft" zu messen sei und der „als der meysterynn" alle Rechte unter-

---

[134]) Näheres bei Haring 590 ff.

[135]) Theol. moralis, ed. Haringer (Regensburg 1846) 291, Lib. I, Tract. 2, cap. 4, Nr. 201.

[136]) W. 98—104.

[137]) Genaueres bei Haring 507 ff.

[138]) Vgl. Francisco de Vitoria (c. 1483—1546).

[139]) Vgl. Alois Dempf, Christl. Staatsphilosophie in Spanien (1937).

[140]) Der Protestantismus hatte sich trotz der symbolischen Verbrennung der kanonischen Rechtsbücher (1520 vor dem Elstertor) nicht völlig vom kanonischen Recht getrennt; die aeq. canonica galt vielfach als unentbehrlich. Vgl. W. 104—116 sowie Rudolf Schäfer, Die Geltung des kanonischen Rechts in der evangelischen Kirche Deutschlands von Luther bis zur Gegenwart, ZRG (C) 5 (1915) 165 ff. In diesem Zusammenhang ist auch die auf Melanchthon zurückgehende philosophische Scholastik der protestantischen Theologie zu beachten; vgl. E. Weber, Die philosophische Scholastik d. deutschen Prot. (1907); P. Petersen, Geschichte der arist. Phil. i. protestantischen Deutschland (1921).

worfen seien[141]). Mit der B. haben sich u. a. auch die Wittenberger Juristen Henning Göden (1450—1521) und Hieronymus Schurffius (1481—1554) beschäftigt[142]). Johannes Oldendorp (c. 1480—1567), der protestantische Jurist, behandelte die aeq. in zwei Tractaten[143]). „Natürlik recht unde byllicheit is eyn dinck"[144]). Die B. ist notwendig, weil das Gesetz nicht alle Umstände berücksichtigen kann (Aristoteles). Sie ist ein „iudicium animi, ex vera ratione (!) petitum: de circumstantiis rerum, ad honestatem vitae pertinentium, cum incidunt, quod fieri aut non fieri oporteat"[144]). Bei Oldendorp gereicht die B. nicht nur zur Milderung, sondern u. U. auch zur Verschärfung des Gesetzes; „aequitas iubet ius summum vel intendi, vel remitti"[144]) (gegen Plato und den herkömmlichen christlichen Brauch). Aber Oldendorp begründet das Naturrecht bereits rein rational; nur für den Fall, daß die ratio versagt, ist als zweite Quelle (der Naturrechtserkenntnis) der Dekalog aufzusuchen, in dem der gesetzliche Wille Gottes verzeichnet ist[145]). In diesem voluntaristisch abgeschatteten Rationalismus kündet sich auch im Protestantismus schon das Denken der Neuzeit an. Ebenso bei Thomasius, auf den wir noch zurückkommen.

Im ganzen erfuhr die Theorie der B. im Spätmittelalter und in der beginnenden Neuzeit eine auf praktische Anwendung gerichtete Ausgestaltung. Diese Ausgestaltung ging im Zuge der letzten Ausgestaltung der universalistischen Naturrechtstheorie. Charakteristisch ist die Ausgeglichenheit — eine aeq. höherer Ordnung — zwischen den allgemein-menschlichen, das Völkerrecht begründenden, und den eigengearteten, die nationalen Rechte begründenden Naturrechtselementen[139]). Der axiomatisch bedeutsame Grundzug dieser Naturrechtsepoche, der wie bei der Hochscholastik auf ausgewogene Beobachtung aller bekannten rationes iuris (Gott, Physis, Gemeinschaft, Person, vgl. § 18) angelegt ist, läßt sich in der aufs Praktische gewendeten Formel „non modo, sed etiam" ausdrücken. Was nun folgt, geschieht im Abbau der universalistischen Naturrechtstheorie, d. h. einzelne rationes iuris treten aus der physisch-metaphysischen Hierarchie nach und nach heraus, ohne jedoch die übrigen gänzlich aufzuheben.

---

[141]) Dr. Martin Luthers Werke, Kritische Gesamtausgabe XIX (Weimar 1897) 632; W. 107.

[142]) W. 107.

[143]) Joh. Oldendorp, Disputatio forensis de iure et aequitate (Köln 1541); Wat byllich unn recht ys, eine korte erklaring, allen Stenden denstlik (Rostock 1529). Vgl. z. Ganzen: H. H. Dietze, Joh. Oldendorp der Rechtsphilosoph und Protestant (1933); ders. Naturrecht in der Gegenwart (Bonn 1936) 67—73; W. 105—6.

[144]) Dietze, Naturrecht 71.

[145]) a. a. O. 70.

III.

Die Billigkeit im Abbau der universalistischen Naturrechtstheorie.

(Zur Thematik der Billigkeit, II).

Die Emanzipation der rechtsphilosophischen Traditionselemente und die durchgängige Gleichförmigkeit der Billigkeit im Nebeneinander der Traditionen.

§ 23. Seit dem 16. Jht. erfuhr die Theorie der B. in Zusammenhang mit den Wandlungen der Begriffe Natur und Naturrecht mannigfaltige Modifizierungen.

Der neuzeitlichen Tendenz zur Emanzipation der Teile entsprechend emanzipierten sich auch Natur und Vernunft. Die Emanzipation vollzog sich sowohl in einer allmählichen Lösung der Natur und der Vernunft von den theologischen Bestimmungen als auch in einem Auseinanderwachsen von Natur und Vernunft. Die Lösung der Natur und der Vernunft von den theologischen Bestimmungen bedeutete Säkularisierung der Natur und der Vernunft, somit auch Säkularisierung der Rechtsquellen und der Rechtszwecke[1]). Das Auseinanderwachsen von Natur und Vernunft bedeutete Gegensätzlichkeit innerhalb der säkularisierten Rechtssphäre. Dieses Auseinanderwachsen darf nicht als eine Konsequenz des spätscholastischen Voluntarismus verstanden werden[2]). Dieser zeitigte viel später eine — übrigens unbedeutende — Nachwirkung im Rechtspositivismus. Vielmehr kommt in dem Auseinanderwachsen der überlieferte Zwiespalt der mittleren Stoa zum Austrag, der Zwiespalt nämlich zwischen menschlicher Vernunft und (vorgeordneter, aber nicht „recht"mäßig geordneter) Natur[3]). Die Scholastik hatte diesen Zwiespalt auch gesehen, aber

[1]) H. H. Dietze, Naturrecht 59—92, zeichnet diesen Prozeß unter Anwendung der Unterscheidung von Tönnies als die Entwicklung des Naturrechts der Gemeinschaft zum Naturrecht der Gesellschaft.

[2]) Ueberhaupt wird die philosophische Tragweite des scholastischen Gegensatzes von Intellektualismus und Voluntarismus vielfach überschätzt; vgl. J. Verweyen, Das Problem der Willensfreiheit in der Scholastik (Heidelberg 1909) 180 ff., 250 f.

[3]) Vgl. Stammler, Lb. d. Rechtsphil. (1928) 29—33, 33—38; s. o. § 11.

sie konnte ihn „ex praevaricatione primi parentis" erklären und soterologisch überbrücken. Nach Emanzipierung der natürlichen Theologie aber von der Offenbarungstheologie mußte der alte Zwiespalt zum neuen Problem werden.

Dazu kam (seit Laurentius Valla und Gassendi) die Erneuerung der epikuräischen Tradition, nach der die Natur nicht einen vernünftigen (noetischen) Grund hat, sondern ein Spiel des Zufalls ist. In einer solchen Natur kann Recht nur durch verstandesmäßige (rationalistische) Setzung entstehen, freilich durch Setzung, die immerhin (wie früher gesagt, § 10) der Natur des Menschen gemäß sein kann. Mit solcher Setzung ist nicht ohne weiteres ein voluntaristischer Rechtspositivismus statuiert, bei dem einzig der Wille des Machthabers das Gesetz (u. U. „gegen" die Natur) erstellte. Ein solcher Positivismus kann zwar aus dem epikuräischen Schema entwickelt werden (wie ehedem bei Epikur selbst, obzwar auch bei ihm aus Nützlichkeitserwägung)[4]). Es kann aber auch das Glücks- und Friedensbedürfnis der Menschen (der Grund der rationalistischen Rechtssetzung) als natürliche Mitvoraussetzung angesehen und daraus das Recht abgeleitet werden: das positive Recht (wie bei Hobbes, bei dem aber noch andere Elemente mitwirkten) oder ein allgemeines (also epikuräisch begründetes) Naturrecht (wie bei den deutschen und französischen Materialisten).

Doch vermochte das epikuräische Schema zunächst nicht, das stoisch-scholastische, nach dem die Rechtsordnung letztlich an der lex aeterna (ratio Dei) hängt, zu verdrängen. Aber der Schwerpunkt des stoisch-scholastischen Schemas verschob sich „nach unten". Die Voraussetzung dazu war schon bei Thomas v. Aquin gegeben, nach dem die lex naturalis (das Abbild der lex aeterna) in den Stufen des Seins je schon anlagemäßig vorgeformt ist und im Menschen bewußt wird[5]). Strich man an dieser Lehre die „Spitze", d. h. die lex aeterna (ratio Dei), oder verwandelte man sie in eine immanente Vernünftigkeit der Allnatur — mit anderen Worten: strich man so oder so den Gedanken der creatio ex nihilo[6]) — so ergab sich ein rein epikuräisches bzw. rein stoisches Schema, aus dem die Rechtsvernunft bzw. der politische Verstand nurmehr heraus„wuchs". Verschränkt vollzog sich dieser Prozeß bei Hobbes. In seinem System halten sich stoisch-scholastische und epikuräische Strukturelemente noch sozusagen in „Gegensatzschwebe".

---

[4]) Vgl. Sauter, Die philos. Grundlagen d. Naturrechts (1932) 205 f.

[5]) Vgl. das über den Ordo inclinationum in proprios fines in § 16 Gesagte.

[6]) Ueber die intentionalen Konsequenzen dieses Gedankens vgl. Erich Rothacker, Das Wesen des Schöpferischen, i. Bl. f. deutsche Phil. 10 (1937) 424 ff.

Bald aber gabelte sich der naturrechtliche Traditionsstrom in ein Delta. Die antik-mittelalterliche realistisch-ethisch-transzendente Tradition wurde fast ausschließlich von den philosophisch-theologischen (besonders Ordens-)Schulen der katholischen Kirche fortgeführt. Die davon abgetrennten säkularisierten Elemente ergossen sich in den Lauf des sog. neuzeitlichen Naturrechts (zunächst des rationalistisch-anthropologischen Naturrechts, später des Vernunftrechts; s. w. u.). Der (von England stark beeinflußte) französische und deutsche Materialismus[7]) (des 18. bzw. 19. Jhts.) aber mit der epikuräischen — nicht positivistischen — Tradition bildete eine Lust-, Mitleids- und Wohlfahrtsethik und ein danach bemessenes eigenes (materialistisch-anthropologisches) Naturrecht aus. Im ganzen gesehen ist also die naturrechtliche Tradition niemals abgebrochen, abgesehen freilich vom Rechtspositivismus des 19. Jhts. Aber auch der Rechtspositivismus blieb mit den Ausläufen des Naturrechts, sowie auch diese unter sich, durch die Billigkeit wie durch einen nivellierenden Kanal verbunden.

Bevor wir nun die B. im rechtsphilosophischen Denken der Neuzeit betrachten, wird es gut sein, einige Ordnung in die neuzeitlichen Richtungen des Naturrechts zu bringen. Wir unterscheiden: das universalistische (transzendent-ethisch-realistische) Naturrecht der aristotelisch-stoisch-scholastischen Tradition und seine Fortbildungen (dazu auch Leibniz und Wolff)[8]); das rationalistisch-anthropologisch verstandene Naturrecht vom 17. bis ins 18. Jht. (Grotius — Hobbes — Pufendorf — Thomasius — Rousseau[9])); das Vernunftrecht vom 18. bis ins 19. Jht. (Kant — Fichte — Schelling — Hegel — Herbart —Schopenhauer); das materialistisch-anthropologisch verstandene Naturrecht der epikuräischen Tradition des 18. und 19. Jhts.

Das transzendent-ethisch-realistisch verstandene (universalistische) Naturrecht und das materialistisch-anthropologisch verstandene haben wir bereits gekennzeichnet. Unter rationalistisch-anthropologisch verstandenem Naturrecht verstehen wir (im Anschluß an Stammler) jenes Naturrecht, das in Rücksicht auf die menschliche Natur vom Verstand (rationalistisch) gesetzt wird. Unter Vernunftrecht dagegen jenes Recht, das

---

[7]) Vgl. Lange, Geschichte d. Materialismus (1887) I, 4, 1 ff.

[8]) Zur Einordnung von Leibniz und Wolff in die traditionelle Linie vgl. Sauter 100 f. und 178 ff.

[9]) Rousseau rangiert bei Stammler schon unter Vernunftrecht. Doch bedingt u. E. der rationalistische Naturalismus von R. eine ausgesprochen rationalistisch-anthropologische Position. — Das rationalistisch-anthropologische Naturrecht ist Verstandes-(ratio-)Recht, zum Unterschied vom Vernunft-(νοῦς-)Recht Kants und des deutschen Idealismus.

(ebenfalls nach Stammler) in der Natur des Rechts gründet und das sich als Gebot der Vernunft behauptet (deutscher Idealismus)[10]).

Jetzt sei zunächst aus der Linie des rationalistisch-anthropologisch verstandenen Naturrechts die B. bei Grotius, Hobbes, Thomasius und Rousseau betrachtet; alsdann bei Holbach als einem typischen Vertreter des materialistisch-antropologisch verstandenen Naturrechts in Frankreich; anschließend (und zeitlich rückgreifend) bei Leibniz und Wolff, die die universalistische Naturrechtstheorie rationalistisch fortführen; aus der vernunftrechtlichen Linie bei Kant, Herbart, Fichte, Hegel und Schopenhauer; und endlich (in Uebergang zum Rechtspositivismus) in der Historischen Rechtsschule. Das materialistisch-anthropologisch verstandene Naturecht Deutschlands werden wir erst später im problematischen Teil betrachten. (Wie schon früher angedeutet, beschränken wir uns auf solche Philosophen, die in Bezug auf die B. und unsere axiomatische Absicht aufschlußreich sind.)

Bezüglich der B. begegnet uns im neuzeitlichen Denken, trotzdem der Traditionsstrom auseinanderfließt, eine verhältnismäßig überraschende Einförmigkeit. Diese Einförmigkeit gilt aber mehr dem Faktum der B.; nur von wenigen wird ihre Geltung bestritten. In der Theorie jedoch gehen die Geister auseinander; aber auch dies mehr hinsichtlich der Begründung und weniger hinsichtlich der Funktion der B.

Die Billigkeit im rationalistisch-anthropologisch verstandenen Naturecht des 17. bis 18. Jhts.

§ 24. Hugo Grotius (1583—1645) betrachtet die Gesetze als regulae finitae, die einer materia infinita gegenüberstehen[11]). Damit schließt er sich dem aristotelischen Gedanken an, daß der Gesetzgeber nicht alle möglichen Fälle vorsehen könne. Die B. erscheint demgemäß als naturrechtliche correctrix ejus in quo lex propter universalitatem deficit[12]). Sie sei nicht nach dem Gefühl zu bestimmen[13]). Damit rückt Grotius in die Nähe von Oldendorp, bei dem die B. u. U. auch zur Verschärfung des Gesetzes gereichen konnte. Maßgebend für das billige Ermessen ist die recta ratio und die socialitas. Beide sind zwar mit der ganzen Schöpfung von Gott gesetzt. Ihrem Wesen nach sind sie aber von

[10]) Stammler führt die neuzeitliche Scheidung von Naturrecht und Vernunftrecht auf die Mehrdeutigkeit der stoischen Tradition zurück. Vgl. o. § 11.

[11]) Grotius, Liber singularis de aequitate etc., beigedruckt der Ausgabe von De iure belli ac pacis (Amsterdam 1720); W. 115.

[12]) Vgl. Gillis 23.

[13]) Vgl. a. a. O. 24.

Gott unabhängig, so daß er sie gar nicht anders setzen konnte. Recta ratio und socialitas sind nicht mehr ein Abdruck der ratio Dei (lex aeterna), sondern notwendig in sich so, vergleichbar den vérités éternelles bei Leibniz.

Der Maßstab für die B., das ius naturale, ist jetzt das, was die menschliche Vernunft als mit der geselligen Natur des Menschen übereinstimmend und daraus folgend erkennt[14]). Grotius hat also nicht, wie oft zu lesen ist, das Naturrecht begründet, sondern dessen Säkularisation eingeleitet[15]).

Die B., die allgemein auf Wahrung aller rationes iuris, soweit sie bekannt sind, angelegt ist, brauchte bei Grotius noch nicht zur Wahrung Gottes als einer ratio iuris einzutreten; denn Gott wird bei Grotius nur erst theoretisch, aber noch nicht praktisch aus der Rechtsordnung eliminiert.

§ 25. Bei Thomas Hobbes (1588—1691)[16]) finden wir eine für unseren Zweck lehrreiche Rechtstheorie. Man bezeichnet Hobbes oft als den Vorläufer des Rechtspositivismus, da er das Recht vom Staat herleitet. Dies ist eine Teilwahrheit; und es darf nicht übersehen werden, daß der Staat bei Hobbes nicht das Erste ist, sondern selbst erst durch Naturgesetz begründet wird. (Vgl. zum folgenden §§ 10 u. 23[17]).)

Im „Naturzustand", dem Zustand des Krieges aller gegen alle[18]), hat jeder sein „ius naturale", nach dem er sich behauptet, so gut er kann. Von diesem „ius naturale" unterscheidet Hobbes die „leges naturae"[19]), deren oberstes das Gesetz des Friedens

---

[14]) De iuri belli et pacis (1625) I, 1, 10.

[15]) Vgl. V. Cathrein, Ist Hugo Grotius der Begründer des Naturrechts? i. ArchRWPh IV (1910) 387—394.

[16]) 1642 De cive, 1651 Leviathan; Opera lat. 1668.

[17]) Vgl. F. Tönnies, Thomas Hobbes etc. (1896); ders., Hobbes, Der Mann und der Denker (1912); ders., 'Hobbes' Naturrecht, i. ArchRWPh IV (1910/11) 395 ff.; ders., Leibniz und Hobbes, i. Phil. Monatshefte XXIII (Heidelberg 1887) 557—573; Brockdorff, Hobbes etc. I (Kiel 1929[2]); Sauter 208—212. Bei Hobbes selbst vgl. vor allem den gut übersichtlichen Leviathan, darin bes. De hom. c. 15 u. 26.

[18]) Die neuere ethnologische Rechtsforschung wendet sich in diesem Punkte gegen Hobbes; vgl. K. Th. Preuß, Lb. d. Völkerkunde (Stuttgart 1937) a. v. O. Doch werden gemeinhin nicht die genaueren naturrechtlichen Begriffe von Hobbes unterstellt, so daß die Problematik zumindest noch nicht als gelöst gelten kann.

[19]) Gewöhnlich werden die Bezeichnungen ius naturale und lex naturae (oder naturalis) unterschiedslos gebraucht, da es praktisch und auf eins hinausläuft. Bei Hobbes aber hat die Unterscheidung fundamentale (rechtsgenetische) Bedeutung und betrifft zwei ganz verschiedene Bereiche. Doch gehen die Bezeichnungen bisweilen auch bei Hobbes durcheinander, was nicht wenig zur Fehldeutung seines Systems beigetragen haben mag.

ist. Nach diesem sind alle Menschen möglichst zu erhalten und zu fördern. Abgeleitet davon ist jenes Naturgesetz, nach dem jeder sein „ius naturale" nicht uneingeschränkt behaupten, sondern einige Rechte abtreten (vgl. die aeq. der Patristik) und übertragen soll, was dann zum staatsbildenden Gesellschafts- und Unterwerfungsvertrag führt. Die „leges naturae" sind bei Hobbes ebenso natürlich wie das „ius naturale". Sie verhalten sich aber zueinander wie Chaos und Norm. Beide konstituieren den Staat; der Staat wird zwar als „künstliche" Macht „gegen" die Natur erstellt, aber so wie jede Naturschöpfung kraft der Natur und in der Natur. (Vgl. Schopenhauer, bei dem sich der blinde Wille im Intellekt ein Licht anzündet.) Hobbes rechnet nun die „leges naturae" zum Unterschied vom „ius naturale" zu den bona moralia. Zu diesen gehört auch die Gerechtigkeit (überhaupt), die gratitudo, die modestia und die aequitas. Hobbes erklärt diesen Zusammenhang kurz wie folgt:

„Quamdiu ergo homines privati boni et mali mensuram faciunt, tamdiu homines sunt in conditione belli omnium contra omnes. Pacem ergo bonam esse confitentur, quaeruntque omnes. Itaque media ad pacem necessaria bona esse negari non potest. Sunt autem illa, iustitia, gratitudo, modestia, aequitas, et ceterae leges naturae. Bona igitur moralia sunt, id est, virtutes"[20]). Und zur Erläuterung der Billigkeit heißt es: „Quae bonum faciunt iudicem, haec sunt: primo, ut legem naturae praecipuam, nempe aequitatem in controversis omnibus bene intelligat; id quod a multa librorum lectione non dependet, sed a bonitate facultatis rationalis, et a cuiusque meditatione propria; quas illis adesse maxime praesumitur, qui ad scientiam aequi et boni ingenio suo maxime feruntur, et maximum meditandi habuere otium"[21]).

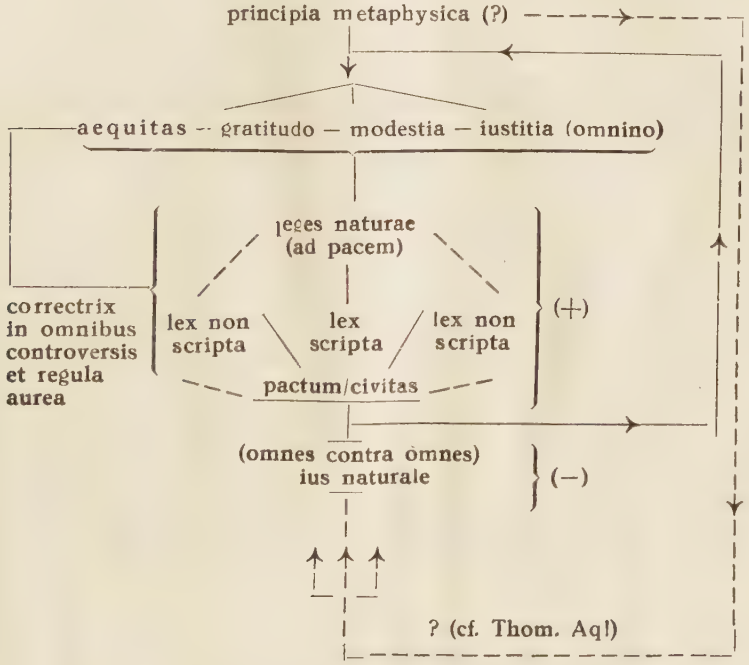
Die aeq. fungiert sonach bei Hobbes zur Lösung von Normenkollisionen (in controversis omnibus), gelegentlich auch im Sinne der „Goldenen Regel" des natürlichen Sittengesetzes. Das natürliche Sittengesetz erscheint als allgemeinere Form der leges naturae. Nur was von den leges naturae durch Staatsgesetz näher bestimmt ist, gilt als geschriebenes Gesetz. Aber auch die übrigen leges naturae verpflichten und gelten als ungeschriebene Gesetze. Beides, geschriebenes und ungeschriebenes Gesetz, gilt bei Hobbes als positiv; das ius naturale erscheint demgegenüber sozusagen mit negativem Vorzeichen. So wird denn auch nur das ius naturale vom geschriebenen Staatsgesetz begrenzt, nicht aber die leges naturae, die ja das Staatsgesetz begründen.

Auf das Problem, ob und wieweit bei Hobbes der Herrscher die Inhalte der leges naturae durch Gesetzgebung näher bestim-

[20]) Lev., De hom. c. 15.
[21]) Lev., De civ. c. 26.

men könne, kann hier nicht eingegangen werden[22]). Es genügt uns, die B. in einem System aufgezeigt zu haben, dessen Fundament die Grundlinien des epikuräisch-naturalistischen Schemas aufweist, und dessen „Bau" (noch) nach dem stoisch-scholastischen Schema konstruiert ist. Das von Hobbes begründete Rechtssystem kann als eines der Gesellschaft (im Sinne von Tönnies) angesehen werden[23]).

Die Struktur dieses Systems ist in axiomatischer Hinsicht sehr aufschlußreich. Hobbes trägt der (auch vom Christentum und allen Nicht-Optimisten nicht geleugneten) Gegensätzlichkeit der extramoralischen Natur immerhin scharfsinnig Rechnung. Die Schichtung der rechtsaxiomatischen Momente im System von Hobbes soll unsere graphische Darstellung (Fig. 2) veranschaulichen (vgl. dazu bes. Lev., De hom. c. 15 u. 26).



Figur 2 (Hobbes).

[22]) Vgl. u. a. De cive, c. 12; Sauter 211 f.

[23]) Vgl. Dietze, Naturrecht 59—92. Zur Frage des Materialismus bei Hobbes vgl. Tönnies a. a. O. (1896) 122 ff., Brockdorff 139.

§ 26. Thomasius[24]), der inhaltlich von Hobbes und Grotius abhängt, und der als erster die Rechtsordnung von der sittlichen Ordnung schied, scheint die B. abgelehnt zu haben; wenigstens geht das aus 2 Dissertationen hervor, die aus seiner Schule stammen. In einer derselben[25]) wird die aeq. (jedoch verstanden als die gefühlsmäßige aeq. cerebrina = aeq. ex corde) definiert als: illa, quae sub specie et larva aequitatis potius iniquitas aut iniustitia est. Offenbar werden hier nicht mehr wie in der Scholastik die sachlichen Momente (contrarius defectus u. dgl.) hinreichend berücksichtigt. Freilich spricht die besagte Dissertation auch von einer aeq. subtilis, die aber als aeq. canonica, die Unheil und Gefahr bringe, abgetan wird.

In axiomatischer Hinsicht vermögen wir hieraus nur zu entnehmen, daß Gefühlsmäßigkeit und Subtilität die Gerechtigkeit auch gefährden können. Im problematischen Teil wird darüber Genaueres gesagt.

§ 27. J. J. Rousseau, der vielfach, aber sich distanzierend, auf Hobbes und Grotius zurückgreift, erklärt die B. da, wo er im „Contrat social" von den Grenzen der höchsten Gewalt spricht. Der allgemeine Wille, der zum Staatsbürgervertrag führte, ist gerecht[26]); er will allzeit, daß es jedem Einzelnen wohlergehe, und jeder Einzelne bezieht, indem er seinen Willen für alle äußert, den Willen aller auch auf sich. Diese Rückbezüglichkeit des „Willens für alle" auf sich selbst ist bei Rousseau das Richtmaß der B. (équité)[27]). Ihm entspricht die Gleichheit von Rechten und Pflichten, und zwar im Sinne proportionaler Gleichheit[28]). Verlangt die höchste Gewalt vom Einzelnen aber Leistungen, die angesichts des Wohles aller gleicherweise nicht von jedem verlangt werden können, so wird die B. verletzt[29]); die Rückbezüglichkeit des „Willens für alle" auf sich selbst ist unmöglich geworden. Wir sehen, daß Rousseau eine öffentlich-rechtliche B. meint (wie ja auch der „Contrat social" den Untertitel „ou principes du droit politique" trägt). Eine rechtliche Erörterung von Privatgegenständen läßt nach Rousseau den Charakter der B. vermissen; solchen liege kein

---

[24]) W. 110—111.

[25]) Johann Friedrich Stützing, De aequitate cerebrina (Halle 1706[1], 1717[2]); W. 111.

[26]) In diesem Sinne ist Rousseaus Vorspruch zum „Contrat social" zu verstehen: „Foederis aequas/Dicamus leges. (Virg. Aeneid. lib. XI, v. 32)".

[27]) Contr. soc. 2, IV, Abs. 5: „Les engagements ... etc.".

[28]) Wie a. a. O. aus 2, XI, Abs. 2 ff. hervorgeht: „J'ai déjà dit ... etc.".

[29]) a. a. O. 2, IV, Abs. 8 und 9: „Par quelque côté ... etc.".

Gemeinzweck zugrunde, nach dem die Ansicht des Richters mit den Ansichten der Parteien auf die gleiche Regel geführt werden könnte[30]).

Die rechtsaxiomatischen Momente, die bei Rousseau hervortreten, sind (wie bei Hobbes) die der Gesellschaft, aber mit stärkerer Betonung des Individuums. Individuum und Gesellschaft werden durch die Rückbezüglichkeit des „Willens für alle" auf sich selbst in Gleichgewicht gehalten. Rousseaus öffentlichrechtliche B. ist die B. der Demokratie. Streicht man das — freilich hintergründige — deistische Moment, so ergibt sich die B. des gleichzeitigen französischen Materialismus.

Die Billigkeit im materialistisch-anthropologisch verstandenen Naturrecht des 18. Jhts.

§ 28. Aus der Reihe der französischen Materialisten des 18. Jhts. wollen wir lediglich Holbach[31]) (1723—1789) heranziehen, dessen Morallehre typisch[32]) ist für die Lust-, Mitleids- und Wohlfahrtsethik der Materialisten.

Bei Holbach ist das natürliche Prinzip der Moral und der Politik die Glückseligkeit, näherhin die je eigene Glückseligkeit und die der anderen. „Die Anderen lieben, heißt die Mittel zu seinem eigenen Glück lieben; d. h. ihre Erhaltung, ihr Wohlbefinden begehren, weil wir ja finden, daß das unsrige mit dem ihrigen verflochten ist; d. h., unsere Interessen mit denen unserer Genossen vereinigen, um an dem allgemeinen Nutzen zu arbeiten."[33]) An diesem natürlichen Prinzip hängt der staatsbildende Gesellschaftsvertrag und die ganze Gesetzgebung. „Die «natürlichen Gesetze» . . . sind diejenigen, welche, unabhängig von jeder Association, unmittelbar aus der Natur des Menschen herstammen" als eines Wesens, „das unaufhörlich das Glück begehrt. Da die Gesellschaft nur zum Zwecke hat, den Menschen glücklicher zu machen, als er das allein vermöchte, . . . so folgt daraus, daß die Gesetze der Natur in dem socialen Zustande weder abgeschafft noch aufgehoben werden können . . . Die «bürgerlichen Gesetze» sind also nur die natürlichen Gesetze, die den Bedürfnissen, den Umständen, den Absichten einer Einzel-Gesellschaft oder einer

---

[30]) a. a. O. 2, IV, Abs. 7: „On doit concevoir . . . etc.".

[31]) Système social ou principes naturels de la morale et de la politique (Londre 1773); Holbach, Sociales System od. Natürl. Principien der Moral etc., übers. v. J. Umminger (Leipzig 1898). — Selbst wenn das Syst. soc. nicht oder nicht ganz Holbach zugeschrieben werden kann, so bleibt es doch ein typisches Dokument materialistischer Ethik des 18. Jhts.

[32]) Zur Charakteristik der materialistischen Ethik des 18. Jhts. vgl. Lange, I, 4.

[33]) Zit. n. Holbach-Umminger I, c. VI.

Nation angepaßt sind. Diese Gesetze dürfen denen der Natur nicht widersprechen, weil in jeder Gegend der Mensch immer derselbe ist, dieselben Begierden hat, aber in den Mitteln, sie zu befriedigen abweicht."[34])

Eine kritische Konsequenz hieraus zieht Holbach in seinem Kapitel „Von der Corruption der Gesetze"[35]). Hier wird die Billigkeit als das naturrechtliche Kriterium der bürgerlichen Gesetze hingestellt. Zwar ist es eine utilistische B., die sich einzig nach der Glückseligkeit richtet; aber sie reagiert unmittelbar und sicher bei jeder Gesetzeskorruption, sei es in der Gesetzgebung oder in der Gesetzesdurchführung. Die Beobachtung der B. sei um so dringlicher, als den Gesetzen sehr oft andere Motive statt der Gerechtigkeit zugrunde lägen. Ein Gesetz müßte beseitigt werden, sobald die Gesellschaft ohne dieses Gesetz glücklicher werden könne[36]). Holbach verweist vielfach auf die sozialen und rechtlichen Mißstände seiner Zeit, gegen die er immer wieder die B. als unbestechlichen Ankläger aufruft. Zur Stützung seiner „natürlichen Prinzipien" beruft er sich oft auf Seneca und Cicero sowie auf frühchristliche Autoren, gelegentlich auch auf Locke und Leibniz. Bezüglich der B. ist (als Zitat) hinzugefügt: „Leges non annorum nummerus, sed conditorum dignitas, sed sola aequitas commendat; atque ideo, si iniqua[e] cognoscuntur, merito damnetur (Tertull. Apolog.)".[37])

In axiomatischer Hinsicht offenbart die Aequitaslehre des materialistisch-anthropologisch verstandenen Naturrechts die Gegenseitigkeit von Individuum und Gesellschaft (wie bei Rousseau) sowie den natürlichen Glücksanspruch (vgl. das thomistische desiderium naturale) als rationes iuris.

Die Billigkeit im rationalistisch-scholastisch verstandenen Naturrecht des 17.—18. Jhts.

§ 29. Leibniz, der eine Generation früher lebende (1646 bis 1716) große Gegenspieler des Materialismus, hat die aeq. in mehreren Schriften behandelt[38]). Aeq. ist ihm „angustiore vocis

---

[34]) Holbach-Umminger II, c. I.

[35]) a. a. O. III, c. III.

[36]) Im Original von 1773, p. 28: „Une loi, dit Locke, doit disparoître, dès que la Société est plus heureuse sans cette loi".

[37]) a. a. O.: „Ce n'est pas, dit Tertullien, le nombre des années, mais la sagesse et le poids de ceux qui ont fait les loix, c'est équité seule de ces loix qui les rend estimables; ainsi l'on a raison de les rejetter quand on les trouve iniques".

[38]) S. u. a.: Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae (1667); Juris et aequi elementa (1670—71) vgl. Mollat, Mitt. aus Leibn. ungedruckten Schr. (Neue Bearb. Leipzig 1893) 22; Codex iuris gentium diplomaticus (1693); allgemein vgl. Sauter 100 ff.

sensu" gleichbedeutend mit caritas, und zwar als 2. Grad des Naturrechts. Das Naturrecht hat 3 Grade: ius strictum — aequitas — pietas, die den 3 Grundnormen entsprechen: neminem laedere — suum cuique tribuere — honeste vivere. Dem entspricht eine dreifache Seelenhaltung: die utilitas — die humanitas — die religio. Die religio ist die höchste dieser Seelenhaltungen, da sie sich auf Gott und die ewigen Dinge bezieht. Die übrigen beiden, also auch die aeq., beziehen sich auf Irdisches[39]). Insofern kann die „convenance", die „jenseitige" Genugtuung, von der Leibniz in seiner „Theodizee" (1710) spricht, und die bisweilen mit B. übersetzt wird[40]), nicht als aeq. in besagtem Sinne verstanden werden[41]). Die „convenance" ist eine innere rechtliche Nötigung, die Genugtuung als Sühne für eine schlechte Tat bzw. Freude als Belohnung für eine gute Tat verlangt[42]). Leibniz erklärt die convenance auch nicht philosophisch, sondern beläßt sie in theologischer Einkleidung „als ewige Vergeltung". Leibniz zählt die aeq. ebenso wie das Recht zu den „vérités éternelles"[43]).

Sein rechtsphilosophisches Schema weist impliziert alle axiomatischen Momente auf, auf die wir schon im Anschluß an die universalistische Naturrechtstheorie hinwiesen, also Gott, Physis, Gemeinschaft, Person (s. § 18). Den Begriff der aeq. hat Leibniz freilich sehr eingeschränkt.

§ 30. Die vernunftrechtliche Linie beginnt (nach Stammler) mit Chr. Wolff. Bei genauerem Zusehen zeigt sich aber, daß Wolff (1679—1754) sich mehr an Thomas v. Aquin und Augustinus als an dem Rationalismus seiner Zeit orientiert hat[44]). Dies gilt besonders für seine Naturrechtslehre[45]), in der er zur metaphysischen Grundlage der „lex aeterna" zurückkehrt. Damit findet er — im Gegensatz zur neuzeitlichen „Emanzipation der Teile" — zum „nexus rerum" zurück, zur Einheit von Metaphysik,

---

[39]) Eine prägnante und kurze Darstellung dieses Schemas gibt Leibniz in einer Stelle des Cod. iur. gent., die er als Briefbeilage an Coste gesandt hat; s. Die philos. Schriften v. G. W. Leibniz, hsg. v. C. J. Gerhardt (Berlin 1887) III, 386 ff.: „... tres sunt gradus etc.".

[40]) So in der Ausgabe von Buchenau (Meiner, Leipzig 1925).

[41]) Vgl. Jhering, Der Zweck im Recht I, 370 f.

[42]) Theod., Disc. I, 73: „... la convenance, qui demande une certaine satisfaction pour l'expiation d'une mauvaise action". Vgl. auch I, 74.

[43]) Vgl. Sauter 101.

[44]) Näheres s. b. Sauter 178 ff., Sauter 184, 185, 187 zeigt, daß die gewöhnlich maßgebenden Darstellungen der Phil. Wolffs in Ueberwegs Grundriß (1924[12]) 453 und in Ernst Landsbergs Gesch. d. deutschen Rechswiss. (1898) III, 1, 205 unzureichend und irrig sind.

[45]) Wolffs Naturrechtslehre findet sich nach letzten Formulierungen zusammengefaßt in seinen Institutiones Iuris naturae et Gentium (1750), die wir benutzten.

Moral und Politik (wie im antik-mittelalterlichen Naturrecht). Moral, Recht und Politik werden systematisch auf der Metaphysik aufgebaut. In dieser Ordnung bestimmt Wolff das Recht als das „sittliche Vermögen zu handeln", d. h. als Befugnis zu handeln, weil und soweit das Handeln zur Erfüllung von Verpflichtungen notwendig ist[46]). Wolff unterscheidet ursprüngliche und abgeleitete Verpflichtungen und demgemäß angeborene und erworbene Rechte. Zu den angeborenen Rechten gehören die natürliche Gleichheit[47]), das Recht auf Sicherheit und das Recht auf Liebesdienste. Aus der Gleichheit folgert er die (uns bekannte) Versionen der „Goldenen Regel" der Moral. Aus dem Recht auf Sicherheit das (uns ebenfalls bekannte) Gebot „neminem laedere", d. h. niemand braucht von Natur das zu leiden, zu dessen Unterlassung ein anderer von Natur verpflichtet ist[48]). Nach dem Recht auf Liebesdienst endlich kann jeder den anderen im Notfall um Liebesdienste bitten (ius petendi). Diese drei angeborenen Rechte, zu denen noch die Freiheit tritt[49]), entsprechen (wie wir gesehen haben) verschiedenen Ausprägungen der aeq.

Die von ihnen abgeleiteten Rechte sind nach der aeq. ausgerichtet. Soweit solche und angeborene Rechte erzwingbar sind, heißen sie vollkommene, soweit sie nicht erzwingbar sind, unvollkommene Rechte. Aeq. im engeren Sinne liegt vor, wenn einem unvollkommenen Recht entsprochen wird, oder zu entsprechen ist (vgl. Thomas v. Aquin und Kant). Aeq. im weiteren Sinne ist die Beobachtung der angeborenen (ursprünglichen) Rechte, also des Naturrechts schlechthin[50]).

Die rechtsaxiomatischen Momente, die in Zusammenhang mit der aeq. bei Wolff hervortreten, sind wieder Individuum und Gesellschaft, aber im Rahmen einer metaphysisch begründeten

---

[46]) Sauter 180.

[47]) „In sensu morali omnes homines natura aequales sunt." Inst. § 70; vgl. des weiteren §§ 71 ff. d. Inst.

[48]) Inst. § 89.

[49]) Inst. §§ 77 f.

[50]) Inst. Cap. III, § 83: „Justum appelatur, quicquid fit secundum jus perfectum alterius; aequum vero, quod secundum imperfectum. Quoniam vero leges civiles quaedam tolerant, quae naturaliter injusta sunt, prouti suo loco videbimus; ideo civiliter justum arctius patet naturaliter justo, et in oppositione ad hoc aequum dicitur, quod soli naturali legi convenit." — § 86: „Quoniam nemo in usu juris sui impediendus, nec idem alteri auferri potest; nemo quicquam facere debet, quod est contra jus alterius, sed quilibet potius facere debet, quod secundum jus ejus fit, adeoque unicuique jus suum tribuere, nullius vero jus violare, ac per consequens justi, non injusti esse debemus. Et quia jus imperfectum perinde ac perfectum nascitur ex obligatione naturali in se perfecta, ita ut peccet, qui contra id agit; aequos nos omnibus, iniquos nemini praebere debemus."

und rationalistisch erfaßbaren Totalität, so daß Gott, Physis und Gemeinschaft mitintendiert werden.

Die Billigkeit im Vernunftrecht des 18. und 19. Jhts.

§ 31. Bei Kant, der ein reines Vernunftrecht (im Sinne Stammlers) ausbildete, nimmt die B. eine merkwürdige Mittelstellung zwischen Tugend und Recht ein. Kant trennt sonst streng Tugendlehre und Rechtslehre. Die Tugendlehre behandelt die Tugendpflichten als „innere" Pflichten; ihre Gesichtspunkte sind: eigne Vollkommenheit — fremde Glückseligkeit. Die Rechtslehre behandelt die Rechtspflichten als „äußere" Pflichten; ihre Gesichtspunkte sind: „Die Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann". Dabei gilt als ein wesentliches Merkmal des Rechts dessen Erzwingbarkeit[51]).

Die B. ist nun ein „Recht ohne Zwang" (wie z. T. bei Wolff). Diesem „Billigkeitsrecht" fehlt es „an den für den Richter erforderlichen Bedingungen, nach welchen dieser bestimmen könnte, wieviel oder auf welche Art dem Anspruch desselben genug getan werden könnte"[52]). Da aber „Recht" und „Befugnis zu zwingen" einerlei bedeuten, so liegt die Rechtskraft der B. nur in foro interno (in foro conscientiae); damit rückt die B. praktisch in das Gebiet der Tugendlehre, wenngleich Kant von der B. als zweideutigem Recht spricht[53]). Die B. ist also bei Kant, trotzdem er die Bereiche der Rechtslehre und der Tugendlehre streng scheidet, beiden Bereichen zugehörig[54]). Diese bei Kant große Merkwürdigkeit bleibt als Symptom für die axiomatische Verbundenheit von Recht und Moral festzuhalten.

§ 32. Bei Herbart[55]) ist die B. wie Recht und Ethik überhaupt ästhetisch bestimmt. Das rechtliche und sittliche Wollen wird nach dem „Geschmack" (Gefallen oder Mißfallen) beurteilt. Das so beurteilte Wollen wird aber nicht als separiert, sondern als Glied eines Verhältnisses gedacht. Der Inbegriff der einfachen Grundverhältnisse des Willens sind die fünf „praktischen Ideen" und die daraus abgeleiteten Ideen. Die fünf „praktischen Ideen"

---

[51]) Vorformen dieses Gedankens fanden wir bei Chr. Wolff (Inst. § 82), Thomas v. Aquin (S. th. I, II, q. 95 a. 1 und 5) und Aristoteles, s. o. § 9.

[52]) Kant, Metaphys. d. Sitten, Rechtslehre, Einl. Anh. I.

[53]) a. a. O., Einl. § E, Anh. I; Cathrein 96; Gillis 27.

[54]) Vgl. dazu Rümelin, Die Billigkeit im Recht (Tübingen 1921) 7 ff.

[55]) Vgl. Herbart, Allg. prakt. Phil. I, Cap. 5 und 6, i. Werke herausgegeben von G. Hartenstein (Leipzig 1851) 53—73; K. Vorländer, Gesch. d. Phil. II (Leipzig 1908) § 58.

sind: die der inneren Freiheit, der Vollkommenheit, des Wohlwollens, des Rechts und der B. Die Idee des Rechts entsteht durch das absichtslose, aber naturgemäße Zusammentreffen mehrerer wirklichen Willen in Beziehung auf einen äußeren Gegenstand. Da der Streit mißfällt, sollen sich, um ihn zu verhüten, die verschiedenen Willen einer allgemeinen Rechtsregel unterwerfen. Eine absichtliche Störung des rechtlichen Gleichgewichts fordert eine Vergeltung. Dieser Vergeltung entspricht die Idee der B. Sie vergleicht die Lage vor der absichtlichen Tat mit der angerichteten Störung und vollzieht ein entsprechendes (Geschmacks-) Urteil des Mißfallens. Die in diesen Grenzen verstandene B. entspricht der „convenance" bei Leibniz (§ 29).

§ 33. Auf eine Feststellung der B. oder ihrer Bedingungen bei J. G. Fichte müssen wir verzichten, da die komplizierte Sachlage einer größeren Sonderuntersuchung bedürfte. Einerseits deduziert Fichte aus dem Selbstbewußtsein das „Urrecht", d. i. jenes persönliche Recht, das Leib, Eigentum und Selbsterhaltung behauptet, und das nur durch die Urrechte der Anderen begrenzt wird[56]). (Vgl. Kant.) Andrerseits lehnt er Grundsätze wie: neminem laede, suum cuique tribue, quod tibi fieri non vis, alteri non feceris, als Prinzipien einer allgemeinen Gesetzgebung ab und lehrt, daß alles Recht Staatsrecht sei[57]). Daß bei dieser Sachlage B. möglich ist, wird aus Späterem erhellen.

§ 34. Auch bei Hegel ist die einzige Rechtsquelle der Staat, genauer: der objektive Geist (Volksgeist) in Form des Staates. Daher gibt es kein Naturrecht, sondern nur positives Recht. Das Völkerrecht gehört dem Bereich der Moralität an; es kann sich nicht realisieren, da es von keinem Volksgeist getragen wird. Entsprechend enthält auch die B. nur einen dem formellen (positiven) Rechte aus moralischen und anderen Rücksichten geschehenen „Abbruch". Dieser Ausdruck ist jedoch nicht negativ zu verstehen; denn ein Billigkeitsgerichtshof hat nach Hegel die Bedeutung, daß er über den einzelnen Fall entscheidet, „ohne sich an [weitläufige] Formalitäten des Rechtsganges und insbesondere an die objektiven Beweismittel" zu halten, „wie sie gesetzlich gefaßt werden können". Sie hat lediglich die Aufgabe, im Einzelfalle die Zersplitterung und Veräußerlichung von Rechtshandlungen zu vermeiden, ohne aber „im Interesse einer allgemein[en] zu machenden gesetzlichen Disposition" zu sein[58]). Die B. ist also bei

---

[56]) J. G. Fichte, Grundlinien d. Naturrechts (1796[1]) §§ 8 ff.

[57]) Syst. d. Rechtslehre von 1812, i. Fichtes nachgel. Werken, hsg. v. J. H. Fichte (Leipzig o. J.) 498 f.

[58]) Hegel, Grundl. d. Phil. d. Rechts (1821) § 223; vgl. Gillis 28; Binder, Phil. d. Rechts (Berlin 1925) 408.

Hegel keine regula superior (eine solche wäre nach seinem Schema widersprüchig, da die rechtlichen Gegensätze durch die dialektische Negation der Negation je systematisch überhoben werden), sondern eine gelegentlich anwendbare correctrix. Bei Hegel, der ja das Universum als dialektische Entwicklung eines logischen Ganzen begreift, kann die B. nurmehr und höchstens die Funktion einer Interpolation der Reste haben. Aber es bleibt festzuhalten, daß wir damit die B. auch in einer Welt festgestellt haben, die so durch und durch noetisch ist, daß sie „eigentlich" der B. entraten könnte.

§ 35. Einen instruktiven Gegensatz dazu bietet Schopenhauer, insofern als seine Welt ohne grundlegende und ohne immanente Vernunft ist. Der blinde Wille gereicht denn auch ursprünglich zur Ungerechtigkeit. Erst vermittels des Intellektes wird auf der Basis des Mitleids die Gerechtigkeit möglich als die Tugend, die die Anderen vor Verletzungen bewahrt[59]). Aus dieser Erwägung wäre anzunehmen, daß Schopenhauer eine aeq. cerebrina hätte bejahen können. Aber er sagt: die B. ist der „Feind aller Gerechtigkeit"[60]). Ohne Zweifel hat er dabei den Begriff einer echten B. gehabt, die unmittelbar aus der Natur heraus funktioniert. Eine solche B. kann es in der Welt Schopenhauers freilich nicht geben, da deren (des Willens) unmittelbare Auswirkungen blind sind. Was unter dem Namen B. auftritt, ist immer eine Motivation des blinden Willens, näherhin eine Vermummung der natürlichen Ungerechtigkeit, die (denn auch) der (nur intellektuell faßbaren) Gerechtigkeit „oft gröblich zusetzt"[61]). Schopenhauers Welt wird im aufleuchtenden Intellekt immerhin soweit vernünftig, daß man B. wenigstens als rationale correctrix erwarten könnte. Diese correctrix ist bei Schopenhauer aber die Gerechtigkeit selbst. Für eine B., gleichviel welcher Art, bleibt bei ihm kein Raum.

§ 36. Herbart, Fichte, Hegel und Schopenhauer bilden Begriffe von B., die nicht mehr den Funktionen der wirklichen, unmittelbar empfindbaren B. entsprechen. Ihre Ausführungen über B. sind demnach in rechtsaxiomatischer Hinsicht irrelevant.

Fichte und Hegel hätten zur philosophischen Begründung des Rechtspositivismus gereichen können. Aber der Rechtspositivismus fand nur zu loser Anlehnung an die Philosophie und entfernte sich schließlich ganz von ihr. Hegels spekulativer Historismus wirkte sich in bezug auf die Rechtswissenschaft zunächst

---

[59]) Schopenhauer, Ueber d. Grundlagen d. Moral, § 17, Frauenstädtsche Ausg. 213, 159 u. ö.

[60]) a. a. O. 221.

[61]) a. a. O. 221; Die Welt als Wille und Vorstellung I, § 62.

negativ aus. Erst die Historische Rechtsschule, bezüglich des spekulativen Historismus Gegnerin Hegels, bezüglich der Volksgeistidee seine Nachfolgerin, erstellte theoretische Voraussetzungen — freilich nicht spezifisch philosophischer Art — zur Begründung des Rechtspositivismus, der auch durch andere historische Faktoren vorbereitet war. (Vgl. § 41.) Während der Rechtspositivismus, soweit er die B. nicht in gesetzlicher Umschreibung (aeq. scripta) bestehen läßt, sie theoretisch ablehnt oder abzulehnen trachtet, hält die Historische Rechtschule den Gedanken der B. im naturrechtlichen Sinne aufrecht. Dies erklärt sich daraus, daß die Historische Rechtsschule durch ihr tiefes Eindringen in die historisch vorgegebenen Materialien der Volks- und anderen Rechte die B. überall sah[62]). Der Rechtspositivismus dagegen, der zwar den rechtswissenschaftlichen Impuls der Historischen Rechtsschule, aber nicht deren geisteswissenschaftliche Gründlichkeit übernommen hatte, vergaß nach und nach die historischen facta der B. und setzte sich nur mit den je unmittelbar erfahrenen und unabdingbaren facta der B. auseinander.

Die Billigkeit in der Historischen Rechtsschule: Fortsetzung naturrechtlicher Traditionen.

§ 37. Mit Savigny (1779—1861), dem Begründer und maßvollsten Vertreter der Historischen Rechtsschule[63]), werden die rechtsgeschichtlichen facta Grundlagen der Rechtswissenschaft. Das Recht tritt aus den „dunklen Werkstätten" des Volksgeistes in das Licht des Bewußtseins. Frühformen des Rechts sind die Gewohnheitsrechte des Volkes. Das Recht wird durch die gesamte Vergangenheit eines Volkes gegeben.

Es ist aber nicht so, als ob Savigny nur geschichtswissenschaftlich eingestellt gewesen wäre. Gewiß „war er persönlich ohne eigentlich «spekulative» Begabung und vernachlässigte die theoretische Rechtsphilosophie, die damals mit dem von ihm bekämpften Naturrecht völlig zusammenfiel, dessen «unbestimmter Allgemeinheit» er sich gerade erwehrte"[64]). Trotzdem geht es nicht an, Savigny „die normative Fragestellung überhaupt absprechen zu wollen"[65]); denn er sagt selbst: „Ein zweifacher Sinn ist dem Juristen unentbehrlich: der historische, um das Eigen-

---

[62]) Die Tatsächlichkeit dessen haben wir in rechtsgeschichtlicher Hinsicht nur beiläufig dartun können, da wir vorzüglich auf die rechtsphilosophischen Daten unser Augenmerk halten.

[63]) Vgl. Ernst Landsberg, Gesch. d. deutschen Rechtswiss. III, 2 (München-Berlin 1910) 186 ff. und 587 ff.; E. Rothacker, Einl. i. d. Geisteswissenschaften (Tübingen 1930²) besonders 37 ff.; Bergbohm 480 ff.; Cathrein 146 ff.

[64]) Rothacker, a. a. O. 44.

[65]) Rothacker, a. a. O. 60.

tümliche jedes Zeitalters und jeder Rechtsform scharf aufzufassen, und der systematische, um jeden Begriff und jeden Satz in lebendiger Verbindung und Wechselwirkung mit dem Ganzen anzusehen, d. h. in dem Verhältnis, welches das allein Wahre und Natürliche ist"[66]). In diesem umsichtigen Sinne hat sich Savigny auch über die B. geäußert[67]), wobei zugleich eine klare Gliederung der rechtstheoretischen Momente ersichtlich wird.

Im Volksrecht gebe es ein zweifaches Element, ein individuelles, jedem Volk besonders angehörendes, und ein allgemeines, im Gemeinsamen der menschlichen Natur begründetes. In diesem Gegensatz erscheine uns das erste Element als der feste Buchstabe des Rechts (ius strictum, ratio iuris)[68]). Das zweite Element habe verschiedene Gestalten: a) soweit es die sittliche Natur des Rechts und des Menschen betrifft: Anerkennung „der überall gleichen sittlichen Würde und Freyheit des Menschen", deren Rechtsinstitute und die „Natur der Sache" (aequitas oder naturalis ratio)[69]), b) die gemischten Formen: boni mores (betr. sittliche Zwecke), publica utilitas (betr. Staatsinteresse), ratio utilitatis oder „väterliche Fürsorge" (betr. Wohl des Einzelnen). „In der Wechselwirkung jener Elemente liegt . . . das wichtigste Motiv des fortschreitenden Volksrechts, wobey es überall darauf ankommt, das allgemeine Ziel sicherer zu erkennen, und sich demselben anzunähern, ohne doch die frische Kraft des individuellen Lebens zu schwächen"[70]). Wegen der axiomatischen Bedeutung sei die Lagerung der rechtsbildenden Elemente schematisch veranschaulicht (Fig. 3).

---

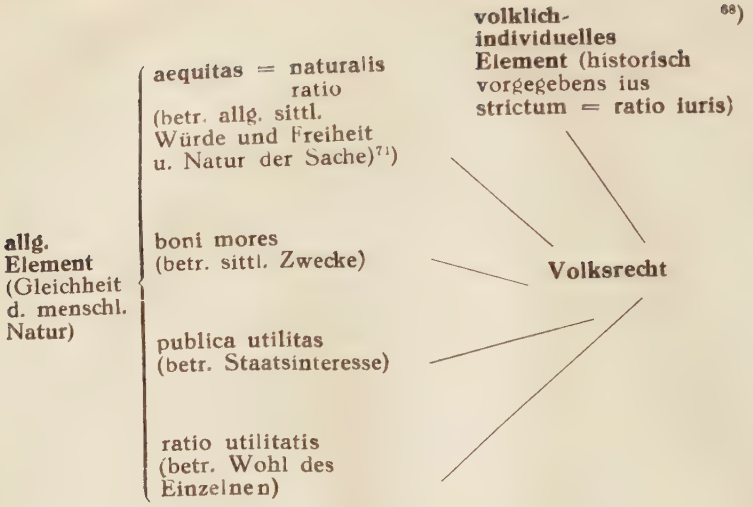
[66]) Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814, zit. n. 1892[3]) 29; Rothacker, a. a. O. 56; vgl. auch ebd. n. 2.

[67]) Vgl. Savigny, System d. heut. röm. Rechts, I (Berlin 1840) § 15, 52 ff.; W. 122.

[68]) Die Bezeichnung „ratio iuris" hat hier nicht die axiomatische Bedeutung, die wir sonst unterstellen; sie steht hier für geschriebenes (strenges) Gesetz.

[69]) Aus dem Text bei Savigny kann nicht entschieden werden, ob er „aequitas" („naturalis ratio") nur auf die „Natur der Sache" bezieht oder überhaupt auf die Elemente unter a). Wegen der Vieldeutigkeit des Wortes „aeq." bleibt Letzteres zu vermuten.

[70]) Savigny, a. a. O. 56. Savigny hält die Beobachtung und Förderung dieser Wechselwirkung der rechtsbildenden Elemente (zu denen also auch die aeq. zählt) für die Gesetzgebung so bedeutsam, daß er Folgendes hinzufügt: „Hier kann die gesetzgebende Gewalt dem unsichtbar arbeitenden Volksgeist die wohlthätigste Hülfe leisten. Aber in keinem Geschäft ist auch soviel Behutsamkeit nöthig, damit nicht einseitige Meynung und Willkühr das lebendig waltende und fortschreitende Recht verdränge. Hier vorzüglich ist dem Gesetzgeber der Sinn für wahre Freyheit wichtig, der oft bey denen am meisten vermißt wird, die ihn vor Anderen im Munde führen."



Figur 3 (Savigny).

§ 38. Bei Friedrich Julius Stahl (1802—1861), der von manchen als der eigentliche Philosoph der Historischen Rechtsschule angesehen wird und der sich auch selbst dazu zählte[72]), hat die B. eine doppelte Aufgabe[73]): erstens hat sie dem Gedanken der Gleichheit aller Menschen Geltung zu verschaffen (d. i. die Urbedeutung von B. = aequalitas), und ferner hat sie Rücksichten, die in der Gerechtigkeit begründet, im positiven Rechte aber nicht vorgesehen sind, geltend zu machen (Aristoteles). Trotz starker positivistischer Züge kommt Stahl, der das Recht theistisch begründet, dem metaphysisch begründeten antik-mittelalterlichen Naturrecht in vielen Punkten nahe. „So wurzelt die menschliche Ordnung, welche das Recht ist, in der göttlichen; aber sie ist selbständig in sich und in dieser ihrer Selbständigkeit besteht die Positivität des Rechts“[74]). „Etwas anderes als das sog. Naturrecht sind die obersten Grundsätze über die Verbindlichkeit des positiven Rechts . . . Das alles ist allerdings nicht positivrechtlich, sondern liegt über dem positiven Recht. Aber es ist auch nicht naturrechtlich, sondern moralisch und wird deshalb jeder für sich nach seinem Gewissen vor Gott beurteilen, wie er

---

71) Vgl. o. Anm. 69.

72) Vgl. Cathrein 151.

73) F. J. Stahl, Phil. d. Rechts, II, 1 (Heidelberg 1845) 244 und 250; W. 123.

74) Stahl, a. a. O. 221 ff.; Cathrein 152.

es damit zu halten hat“[75]). Sonach kommt auch der B. eine moralische Bedeutung zu.

Die traditionellen rechtsaxiomatischen Elemente (§ 18) kommen auch bei Stahl, wenngleich impliziert, zum Ausdruck. An die Stelle des Naturrechts will aber die Moral treten, ein Vorgang, der sich seit Kants Billigkeit als „Recht ohne Zwang“ mehr und mehr ausprägt und der uns in der neueren deutschen Rechtsphilosophie noch öfter begegnen wird.

§ 39. Die Theorie der B. hatte in Kant den letzten großen Vertreter gefunden. Mit ihm hat die Thematik der B. ihr Ende erreicht. Was die Historische Rechtsschule über die B. ausgemacht hat, geschah nicht mehr in Ausbildung der Thematik der B., es war Feststellung des Alten an Hand des rechtsgeschichtlichen Materials.

Wir haben — in Hinblick auf das rechtsphilosophische Material — gesehen, wie die verschiedenen Eigentümlichkeiten der B. nach und nach in das wissenschaftliche Bewußtsein traten, wie sich zugleich die universalistische Naturrechtstheorie aufbaute und abbaute, und welche rechtsaxiomatischen Momente damit mehr oder weniger deutlich freigelegt wurden. Wir wollen nun versuchen, durch Darstellung der Problematik der B. in der neueren deutschen Rechtsphilosophie die axiomatischen Aufweisungen zu verdeutlichen und zu vermehren.

---

[75]) Stahl, a. a. O. 224; Cathrein 153.

IV.

Die Billigkeit als naturrechtliches Moment in der neueren deutschen Rechtsphilosophie.

(Zur Problematik der Billigkeit.)

Allgemeines.

§ 40. Bedenkt man, daß die letzten zwei Drittel des 19. Jhts. und das erste Viertel des 20. Jhts. vor allem rechtshistorisch und rechtspositivistisch interessiert waren, so wird es nicht überraschen, wenn unser jetzt noch zu verarbeitendes Material nicht mehr reichlich ist. Nachdem wir die rechtshistorische Literatur dieser Zeit bereits in den vorigen Kapiteln herangezogen haben, bleibt nun noch die rechtspositivistische Literatur und die der Rechtsphilosophie im engeren Sinne zu berücksichtigen. Der Rechtspositivismus hat aber die B., soweit überhaupt, philosophisch nur beiläufig behandelt. Die Rechtsphilosophie im engeren Sinne dagegen, die allgemein eine Fortsetzung der natur- und vernunftrechtlichen Traditionen darstellt, ergeht sich bezüglich der B. vielfach in Wiederholungen und bringt zur Theorie der B. nur wenig neue Gedanken. Dafür wendet sie sich mehr der Problematik der B. zu, die durch den Gegensatz zum Rechtspositivismus in das Stadium der Diskussion gekommen war. War bis dahin die Zusammengehörigkeit von „Recht und B." fast nie in Frage gestellt worden, so daß das Thema „de iure et aequitate" immer wieder begegnete, so wurde mit dem Erstarken des Rechtspositivismus die Zusammengehörigkeit von Recht und B., die „Berechtigung" der B. problematisch[1]). Die Rechtsphilosophie erörterte diese Problematik in Ansehung der verschiedensten juristischen und soziologischen Zusammenhänge. Die dabei erarbeiteten wenigen neuen Gedanken zur Theorie der B. und die gelegentlich beziehungsreichere Sicht der alten wollen wir hier besonders hervorheben.

Wir ordnen von jetzt ab nicht mehr chronologisch, sondern der Problematik der B. entsprechend nach Problemzusammenhängen. Dabei werden sich bezüglich der Rechtsaxiomatik bisweilen auch solche Durchsichten eröffnen, die nach dem Bisherigen noch verdeckt liegen.

[1]) Zu den Tendenzen, die die B. diskreditierten und ihren Begriff verdunkelten, vgl. Adolf Exners Vortrag über Recht und B., i. d. Juridischen Blättern 1874.

Die Problematik der B. besteht allgemein darin, daß die B. als naturrechtliches Moment erscheint, das teils anerkannt, teils abgelehnt wird, das aber immer als unabdingbares höheres Kriterium fungiert, dem praktische Gerechtigkeit nur selten vollkommen entsprechen kann. Soweit die neuere Literatur über die B. in rechtsaxiomatischer Hinsicht irrelevant ist, lassen wir sie unberücksichtigt[2]).

Der Abbruch der naturrechtlichen Tradition im Rechtspositivismus.

§ 41. Rechtspositivismus[3]) ist verabsolutierte „allgemeine Rechtslehre" auf empirischer Grundlage. Diese Grundlage ist im wesentlichen geltendes Recht (primitives Recht eingeschlossen).

Der Rechtspositivismus des 19. Jhts. hat mehrere Wurzeln: zunächst im spätscholastischen Voluntarismus, in der epikuräischen Tradition und im Staatsabsolutismus, dann aber und besonders im praktischen Bedürfnis der Neuzeit nach einheitlicher Gesetzgebung, verbunden mit der Reaktion gegen Naturrecht und fremdes Recht. Voluntarismus, epikuräische Tradition und Staatsobsolutismus konstituierten besonders das System von Hobbes (wie gesagt aber noch in starker Verbindung mit dem stoisch-scholastischen Denken)[4]). Hobbes wirkte auf die Entwicklung des Rechtspositivismus nur beiläufig. Einesteils da die positivistischen Momente seiner Theorie und das absolutistische Denken durch die französische Revolution und ihre geistigen Vorläufer[5]) bald erschüttert wurden[6]), dann aber auch da der Rechtspositivismus zunächst nicht eine rechtsphilosophische, sondern eine juristische Auffassung war, die im wesentlichen aus nichtphilosophischen Geschichtsfaktoren zu verstehen ist[7]). Der

---

[2]) Eine gute Sichtung der neueren deutschen Literatur über die B. bietet Max Rümelin, Die B. im Recht (Tübingen 1921). Viel neuere Literatur über die B. ist auch verarbeitet bei Erich Jung, Das Problem des natürlichen Rechts (Leipzig 1912). Die Arbeit dieser Werke soll hier nicht wiederholt werden. Neuere, auch ausländische Literatur über die B. findet sich bei Stammler, Lb. d. Rechtsphil. (1928) 320 f. und W. 125 und 196.

[3]) W. Sauer, Lb. d. Rechts- u. Sozialphil. (Berlin 1929) 12 ff.; O. Schilling, Christl. Sozial- und Rechtsphilosophie (München 1933) 6 ff.; Landsberg, Gesch. d. deutsch. Rechtswiss. III, 2 (1910) 587 ff.

[4]) Vgl. Sauter 208 ff.

[5]) Rousseaus Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes erschien 1756, der Contrat social 1763 je in deutscher Uebersetzung.

[6]) Sauter 212 ff.

[7]) Es begegnet zwar im 19. Jht. noch ein sog. spekulativer Positivismus (Christiansen, Kierulff), der sich durch Hegelsche Gedanken begründen wollte, aber unwirksam blieb. Vgl. Landsberg III, 2, 587 ff.

Rechtspositivismus hob sich also, gleichsam von den verschiedenen Ausflüssen des naturrechtlichen Traditionsstromes umspült, wie eine Sandbank heraus. Diese „Sandbank" hat aber rechtsaxiomatische Bedeutung. Sie ist ein Stück des „Grundes", von dem das Recht „per modum particularis determinationis" mitbestimmt wird (vgl. § 16).

Erst später, als das Bedürfnis nach einer einheitlichen Theorie des Rechtspositivismus fühlbar wurde, suchten die Rechtspositivisten (freilich sehr vereinzelt) den Anschluß an philosophische „Vorläufer". Da solche aber nicht zu finden sind und alle philosophischen Traditionen (Epikuräismus und Hobbes eingeschlossen) irgendwie zu Naturrecht oder zu naturrechtlichen Begründungen des positiven Rechts geführt haben, versuchte man eine eigene „Philosophie des positiven Rechts" zu erstellen[8]).

Der deutsche Rechtspositivismus ist vor allem als eine Reaktion gegen fremdes Recht und Naturrecht zu verstehen[9]). Gegen fremdes Recht, das seit Beginn der Neuzeit aus praktischen und machtpolitischen Gründen besonders (aber nicht nur) in Form des römischen Rechtes die einheimischen Rechtsnormen überlagerte[10]). Gegen Naturrecht, das in der rationalistisch- anthropologischen Form zwar selbst schon eine Revision der Rezeption der fremden Rechte eingeleitet hatte, das aber in den Formen des Vernunftrechts dem Sinn des Volkes nicht zu entsprechen vermochte. Schon Leibniz hatte eine Kodifizierung der einheimischen Rechte für das ganze Reich gefordert. Aber das in viele Staaten zersplitterte Reich konnte keine genügende Grundlage für ein solches umfassendes Gesetzeswerk bieten. Seit der Mitte des 18. Jhts. entstanden daher wenigstens große Kodifikationen der Landrechte. Die bedeutendste war das preußische Allgemeine Landrecht, das unter starker Förderung Friedrichs des Großen und unter Mitwirkung hervorragender Juristen 1794 abgeschlossen wurde. Es versuchte, nationale Rechtsgedanken mit rationalistischen der Aufklärung zu verbinden. Da die Kodifikationen der Landrechte aber viele Lücken enthielten, blieb die subsidiäre Anwendung des römischen Rechtes z. T. beibehalten. Auch blieben viele Provinzial- und Partikularrechte in Geltung. Die Vielfalt und Uneinheitlichkeit der Rechte wurde mit dem Aufkommen neuerer Verkehrs-

---

[8]) Vgl. Bergbohm 27, der eine Phil. f. „Vollblutjuristen" verlangte.

[9]) Näheres hierzu und zu Folgendem: Hans Fehr, Deutsche Rechtsgesch. (Berlin-Leipzig 1921) § 49; v. Schwerin, Germanische Rechtsgesch. (Berlin 1936) §§ 44, 45.

[10]) Der Theorie nach galt das fremde Recht subsidiär zur Ausfüllung der Lücken der bodenständigen Rechte. Nach und nach trat es aber praktisch immer mehr in Vorrang.

verhältnisse immer nachteiliger. Auch bedurften viele dieser Rechte historisch-kritischer Aufhellung, eine Arbeit, die erst die Historische Rechtsschule einleiten konnte. Erst als die Historische Rechtsschule gediegene rechtsgeschichtliche Grundlagen geschaffen hatte, konnte eine neue Epoche beginnen: die des rechtspositivistischen Denkens. Auf den Grundlagen der Historischen Rechtsschule und im Rahmen des neuen Kaiserreiches konnte in den siebziger Jahren des vorigen Jhts. eine Reichskodifikation begonnen werden. Sie wurde 1896 mit dem BGB und 1897 mit dem HGB abgeschlossen. Auch diese Kodifikationen haben fremdes Recht beibehalten, soweit es tunlich schien. Dem Naturrecht verblieb in den Lücken der Kodifikationen und in den ausdrücklichen Billigkeitsparagraphen praktisch ein ziemlicher Spielraum.

Der verabsolutierte Geist der Kodifikationen ist der Geist des Rechtspositivismus.

Der Rechtspositivismus verwirft Naturrecht jeder Art. Durch Eruierung des Allgemeinen aus den positiven Satzungen sucht er die Arten und Normen des Rechtes ihrer Struktur nach zu bestimmen. Sonach ist er Wissenschaft vom Wesen der Rechtsdogmatik, nicht Rechtsphilosophie im strengen Sinne, als welche er jedoch auftritt. Der gemäßigte Rechtspositivismus gibt allgemeine Grundsätze zu. Doch spricht er ihnen nur moralische, nicht auch (natur-) rechtliche Geltung zu[11]).

Die Billigkeit in der Beschränkung des Rechtspositivismus und die rechtstheoretische Verengung.

§ 42. Der theoretischen Ablehnung der B. wie des Naturrechts überhaupt setzen sich natürliche Widerstände entgegen. Dies zeigt unabsichtlich Karl Bergbohm (geb. 1849), den wir schon eingangs als Gegner des Naturrechts kennen lernten. In seinem Hauptwerk[12]) stellte er eine umfassende Kritik des Naturrechts an. Dem naturrechtlichen Denken maß Bergbohm eine unheilvolle Rolle im Rechtsleben überhaupt und besonders des 19. Jhts. zu. Er glaubte, daß selbst die Historische Rechtsschule von naturrechtlichem Denken befangen gewesen sei[13]). Von der

---

[11]) So fand Zitelmann (1852—1923), der streng dogmatisch vom Privatrecht ausging, jedoch unter bisweiliger Orientierung an Psychologie und internationale Rechtsvergleichung, zu sog. „Recht-über-Recht-Sätzen", d. s. Normen über Rechtsätze. Unter diesen gebe es einige, die nicht wieder auf Rechtssatz beruhen, sondern von Natur gegeben seien. Sie gelten als im Gewissen [in foro interno] bindende Verpflichtungen. Vgl. Ernst Zitelmann, Geltungsbereich und Anwendungsbereich d. Gesetze, i. Festg. d. Bonner Jur. Fak. f. K. Bergbohm (Bonn 1919) 214; ArchRWPh XVI (1922/23) 233.

[12]) Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, I. Das Naturrecht der Gegenwart (Leipzig 1892); der II. Bd. ist nicht erschienen.

[13]) a. a. O. 480 ff.

Philosophie, die wissensarm und diskreditiert sei, erwartete er nichts. So versuchte er als Jurist, „so gut es geht auf eigene Hand über das Recht zu philosophieren", um vom Boden des Empirismus aus Grundsätze (!) einer allgemeinen Rechtslehre aufzusuchen[14]). Bergbohms Buch, das überaus reichhaltig ist, zeichnet sich besonders dadurch aus, daß es fast an der gesamten in Betracht kommenden rechtstheoretischen Literatur auch die leisesten und verstecktesten naturrechtlichen Motive scharfsinnig aufweist. Trotzdem will es einem anderen Juristen, Neukamp, gelungen sein, auch bei Bergbohm Rückfälle ins Naturrecht nachzuweisen.[15]) Die B. lehnt Bergbohm folgerichtig ab. Aber er kommt in seinem sonst so umsichtigen Werk nirgends auf die B. zusammenhängend zu sprechen, so daß wir über die Gründe der Ablehnung im Unklaren bleiben; die Ablehnung geht nur aus beiläufigen Anmerkungen hervor (die auch im Tone des Eifers gehalten sind)[16]). Das Fehlen einer Begründung für die Ablehnung der B. kann immerhin als ein argumentum e silentio für die Unabdingbarkeit der B. erachtet werden — freilich als ein nicht schwerwiegendes Argument.

§ 43. Auch Gillis[17]) versteht in seiner Monographie der B. diese im Sinne des Rechtspositivismus. Die B. ist ihm ein Rechtsprinzip, das als Faktum historisch vorgegeben ist. Vermittels der B. werden jene Besonderheiten beurteilt, die vom Gesetzgeber nicht vorgesehen werden konnten. Diese Beurteilung geschieht unter Beobachtung einer transzendentalen Methode[18]) in Form des induktiven Syllogismus[19]), der in Anlehnung an ein allgemeines Gesetz der Gemeinschaft durchgeführt wird. Gillis faßt nun dieses allgemeine Gesetz der Gemeinschaft nicht totalitär auf, was ihn zum Naturrecht hätte führen können, sondern als vorgegebenes positives Gesetz. Innerhalb dieses positiven Gesetzes gibt es „rechtsfreie Räume". Auf diese bezieht sich die B. Die B. wird somit eine freie Form der Subsumtion unter Sätze des gesatzten Rechts[20]). Nur die so verstandene B. glaubt Gillis in

---

[14]) a. a. O. 7.

[15]) Schilling 7; vgl. Neukamp, Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts (1895) und Der gegenwärtige Stand der Freirechtsbewegung (1912).

[16]) Bergbohm 183, 290, 299, 353.

[17]) Fritz Gillis, Die Billigkeit, Eine Grundform des freien Rechts (Berlin 1914).

[18]) Gillis unterscheidet 3 Methoden der Rechtserkenntnis: die naturrechtliche, die historische und die transzendentale; erst die transzendentale Methode habe „uns die rechte Fragestellung gelehrt und in diese schon alle Lösung verlegt", 35.

[19]) Ueber die Herkunft des induktiven Syllogismus vgl. Gillis 52.

[20]) Gillis 56.

den historischen Formen der aeq. wiederzufinden[21]). Daß dieser Begriff der B. zu eng ist, wissen wir, nachdem wir die wesentlichen Formen der B. kennengelernt haben. Er ist aber auch deshalb zu eng, weil es „rechtsfreie Räume" auch außerhalb des gesatzten Rechts gibt. Solche (d. h. vom positiven Gesetz freien Räume) werden zwar von Gillis gesehen; aber er sagt: Wo ein Fall sich als unsubsumierbar herausstellt, fehlt ein Gesetz, und ihn entscheiden, heißt einen neuen Rechtssatz bilden.

Es bleibt anzunehmen, daß die Neubildung per analogiam zu geschehen habe. Wenigstens scheint es, daß nach Gillis ein neuer Rechtssatz nicht secundum aequitatem gefunden werden kann; denn die B. diene dem positiven Recht, und sie könne nicht unmittelbar über dessen positive Normen hinweggehen[22]). Die Funktionen der B. im römischen Recht z. B. sei nicht eine naturrechtliche, sondern eine positivrechtliche gewesen; die B. habe nur innerhalb der bewunderungswürdigen Grundzüge des Zwölftafelrechtes fungiert.

Wir müssen den historischen Verhalt des näheren auf sich beruhen lassen, verweisen aber auf die früheren Ausführungen über das römische Recht und die dort angegebene Literatur, nach der die aeq. nicht nur im Normengebiet, sondern auch im normenfreien Raum fungierte und sogar anstelle des vorhandenen Rechts neues Recht setzte (§ 12).

Das Problem der Normenkollisison endlich und das praktische Fungieren der B. bei Rechtsüberspannung oder Rechtsaushöhlung zeigen, daß das billige Ermessen zumindest einer neuen Rechtssetzung vorausgehen kann, ja vorausgehen muß, soll das neue Gesetz nicht als willkürlich empfunden oder als zufällig richtig erkannt werden. Aber auch dabei entzieht Gillis dem Gesetzgeber die natürliche Grundlage, von der aus sein Werk beginnen kann.

Die rechtsaxiomatische Natur der B. und ihre unmittelbare Funktion kommt also bei Gillis nicht zum Ausdruck. Seine B. entspricht im wesentlichen dem Typ der aequitas scripta (§§ 12, 15).

§ 44. Max Rümelin lehnt als Rechtspositivist in seiner kleinen, aber inhaltsreichen Monographie[23]) die B. ab. Aber gerade bei Betrachtung der B. durchbricht er die positivistische Enge, ohne es beabsichtigt zu haben und zuzugeben. Rümelin weist zunächst auf die große Verschiedenheit der Billigkeitsfor-

---

[21]) a. a. O. 58—75.
[22]) a. a. O. 57.
[23]) Max Rümelin, Die B. im Recht (Tübingen 1921).

men und auf das Fehlen einer einheitlichen Definition hin[24]). (Vgl. § 7). Dies in Verbindung mit dem subjektiven Moment der B. führe zu begrifflicher Verwaschung und in praxi zu Rechtsunsicherheit[25]). Der Hinweis auf B. sei letztlich ein Verzicht auf Aufstellung inhaltlich bestimmter Regeln, nur eben ein unter Umständen unvermeidlicher (!) Verzicht[26]). Einen Weg zur Festigung des Rechts unter Ausschluß der B. sieht Rümelin in einer möglichst eindeutigen Verbindung von juristischer Logik und gesetzmäßig objektiviertem Volkswillen, aber so, daß dem Reichtum der wechselnden Lebenserscheinungen durch die richterliche Rechtsfindung entsprochen werde[27]). Damit wird die B. wieder stillschweigend anheim gegeben (besonders für den Einzelfall) und ihre ganze Problematik von neuem gestellt.

Rümelin erwähnt nun beiläufig Gedanken (wie es scheint, im Anschluß an Eduard v. Hartmann), die immerhin geeignet gewesen wären, einen Weg zur Rehabilitierung der B. zu eröffnen[28]). B. — deren Faktizität für Rümelin feststeht — setzt allemal eine umsichtige Würdigung der idealen und konkreten Rechtsmomente voraus. Diese Würdigung erstreckt sich von der Utilität bis zur Moralität hin. Solche Würdigung ist nur einem wahrhaft unparteiischen, wissenden und weisen Richter möglich. Aber auch dessen Urteil ist subjektiv, d. h. begrenzt, da der universale Weltzweck niemals völlig durchdringbar ist. Dennoch findet die B. — wofern zugleich das positive Gesetz streng logisch beobachtet wird — zwei „Rechtfertigungs"-gründe: einmal die tiefere Einsicht des recht und billig Ermessenden in den größeren (ideal: größten) Zweckzusammenhang und ferner das instinktive Ein- und Auftreten der B. als intuitiver, sukzessiv wirkender Ergänzung des logischen Rechtsdenkens. (Betr. die tiefere Einsicht des recht und billig Ermessenden in den größeren Zweckzusammenhang vgl. Julius Binder (§ 59) und Thomas von Aquin (§§ 16, 17), betr. die B. als intuitive Ergänzung des logischen Rechtsdenkens vgl. Ed. v. Hartmann (§ 46).)

---

[24]) Rümelin will ἐπιείκεια, aequitas, equity, rechtliche und moralische B. unterschieden wissen. Anders E. I. Bekker, der in seiner Abhandlung Ueber die Römische und moderne Aequitas, i. Jb. d. internat. Vgg. f. vgl. Rechtswiss. I (1896) 348, B. von der aeq. und der öffentlichen Meinung nicht zu scheiden vermochte. — Wir halten, den historischen Befund berücksichtigend, ἐπιείκεια, aequitas, B. usw. für Ausdrücke ein und derselben Rechtsfunktion, für Ausdrücke, die faktisch unterschiedslos gebraucht werden und denen gleichartige Rechtsverhältnisse zugrunde liegen.

[25]) Rümelin 13 f., 18 ff.

[26]) a. a. O. 64.

[27]) a. a. O. 81 f.

[28]) a. a. O. bes. 10 ff. u. ö. zwischendurch.

§ 45. In der Rechtspraxis ist die B., trotz der offiziellen Geltung des Rechtspositivismus, nie abgetan worden. Die Tendenz des Rechtspositivismus ging zwar dahin, die Generalklauseln möglichst eng zu umschreiben und somit das freie richterliche Ermessen auf ein Minimum zu beschränken (aeq. scripta). Aber der damit dem billigen Ermessen verbleibende Raum war noch sehr groß. Nicht nur die ausdrücklichen Generalklauseln (vgl. § 3), sondern auch viele andere gesetzliche Bestimmungen konnten und können ohne billiges Ermessen gar nicht angewandt werden (man denke nur an die Festsetzung des Strafmaßes nach den Bestimmungen des StGB). Wurde auch die B. theoretisch verneint, so setzte sie sich doch praktisch durch, und zwar auf der ganzen Linie von den niederen Verwaltungs- und richterlichen Entscheidungen bis zu den höchstrichterlichen und schließlich gesetzgeberischen hin. Ein instruktives Beispiel dafür ist die Vorgeschichte des bekannten Paragraphen über die unrechtmäßige Entnahme elektrischer Arbeit[29]). Freilich wurde die B., wenn sie angewandt wurde, selten als naturrechtliches Moment zugegeben. Wohl wurde sie als ein natürliches (etwa sittliches oder gefühlsmäßiges) angesehen, das u. U. in foro interno verpflichten könne. Der merkwürdig in die Breite gegangene Gedanke aber, daß nur erzwingbares Recht (näherhin in foro externo erzwingbares Recht) wirkliches Recht sei (vgl. Thomas v. Aquin — Wolff — Kant), verdeckte den Rechtscharakter der B. und führte zu Wortstreit über B. und Recht.

Immerhin zog der Rechtspositivismus eine philosophische Reaktion nach sich, die, freilich mit wenig Anlehnung an die naturrechtliche Tradition, der B. ihre Aufmerksamkeit zuwandte. Die philosophischen Erklärungen, die die B. nun erfuhr, vermieden vielfach das Wort „Naturrecht", nicht selten auch „Billigkeit". Durch die Vermeidung der vieldeutigen Wörter wurden zwar prinzipielle Zusammenhänge des Rechts bisweilen gründlicher gesehen. So fielen von der Problematik der B. aus aufhellende Lichter auf die logischen und psychobiologischen Zusammenhänge des Rechts, auf den Zusammenhang von Recht und Moral, auf die permanente Tendenz zur Rechtsverbesserung, auf das Problem des gerechten Zumessens, auf das rechtspädagogische Problem und auf die normative Ordnung überhaupt. Allgemein aber blieben die philosophischen Erklärungen der B., soweit sie das Naturrecht ignorierten, partielle Anleuchtungen, die des größeren

---

[29]) Gesetz betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit (v. 9. 4. 1900, RGBl. 228). Bis zur Promulgierung dieses Gesetzes konnte die rechtswidrige Entziehung elektrischer Arbeit nicht bestraft werden, da das Gesetz gegen einfachen Diebstahl (§ 242 StGB) lautet: Wer eine fremde «bewegliche Sache» einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird ... bestraft.

und vor allem des tieferen axiomatischen Zusammenhangs entbehrten. Gerade von der B. aus ergab und ergibt sich immer wieder die Notwendigkeit, natürliche Grundlagen des Rechts anzunehmen. Die Ignorierung oder Verdeckung solcher Rechtsgrundlagen führt zu rechtstheoretischen Inkonsequenzen und zu rechtlichen Hohlräumen. Bei Annahme natürlicher Rechtsprinzipien aber klärt sich die Axiomatik des Rechts zu allseitiger und tiefreichender Ausgeglichenheit.

Bevor wir nun das Gesagte an der rechtsphilosophischen Literatur über die B. des näheren erweisen, erinnern wir daran, was wir eingangs über die methodologische Bedeutung des Naturrechts gesagt haben (§ 4). Das Naturrecht ist die hypothetische Voraussetzung, auf die der Geist der Gerechtigkeit in der Geschichte sich selbst zurückgeführt hat. Es ist die hypothetische Voraussetzung, aus der die B. im Verlauf ihrer Thematik einsichtig erklärt worden ist und aus der ihre Problematik einsichtig erklärt (und gelöst) werden kann. Eingedenk dessen legen wir jetzt die Problematik der B. des näheren auseinander. Wieweit die dadurch sichtbar werdenden rationes iuris hypothetisch oder apodiktisch sind, sei dahingestellt. Wir werden sie im Schlußkapitel (§ 77) eliminieren und zusammenfassen.

Der logische und zugleich psychobiologische Charakter der Billigkeit.

§ 46. Werfen wir einen Blick zurück auf die Geschichte der Theorie der B., so sehen wir, daß sich die B. sowohl nach der Ordnung der Dinge als auch nach der menschlichen Rechtsempfindung bemißt. Dabei ist zu beachten, daß die menschliche Rechtsempfindung ein Korrelat der Ordnung der Dinge und letztlich auch ein Moment dieser Ordnung ist. Kraft der Rechtsempfindung fungiert die B. instinktiv, indem sie schlechthin zur Wahrung der Ordnung reagiert. Vermittels der Erkenntnis aber fungiert sie rational, indem sie auf bessere Unterscheidung der Ordnungsmomente drängt. Wir sagen demnach, daß die B. aus einer logischen und aus einer psychobiologischen Wurzel fungiert. Auf diesen Zusammenhang hatte Ed. v. Hartmann hingewiesen.

Eduard v. Hartmann (1842—1906) rechnet die B. zu den sog. Prinzipien der Vernunftmoral[30]). Vernunftmoral entspricht einem planmäßigen Handeln im Sinne einer vorausgesetzten Zweckordnung. Dabei ist man letzlich auf den universalen Weltzweck verwiesen, der aber niemals völlig erkennbar ist. In der beständigen Arbeit, das Unbewußte zum Bewußtsein zu brin-

[30]) Ed. v. Hartmann, Phänomenologie des sittlichen Bewußtseins (1879) 534 ff.; vgl. Rümelin 10 ff.

gen, ist die Anlehnung an moralische (nicht Gefühls- oder Geschmacks-) Instinkte notwendig und richtungweisend. Ein instinktives Moment haftet auch dem Billigkeitsurteil an, trotzdem es den Prinzipien der Vernunftmoral zugehört. Die B. fungiert als Kritik des positiven Rechts. Sie fungiert in Ansehung einer je größeren Zweckordnung vernünftig und instinktiv zugleich. Rümelin, der auch auf diesen Zusammenhang hinwies, erwähnte dazu: „Ob man innerhalb eines vernunftgemäßen, also planvollen Handelns auch von instinktmäßigem Handeln sprechen kann, mag zweifelhaft erscheinen. Richtig ist aber, daß ein zweckentsprechendes Handeln auch ohne klares Bewußtsein der in Frage kommenden Zwecke und ihres Verhältnisses zueinander möglich ist. So namentlich da, wo überkommene Anschauungen und Grundsätze den Maßstab liefern“[31]).

§ 47. Hierher gehören auch Jherings Ausführungen über das Rechtsgefühl, obzwar sie nicht ausdrücklich die B. betreffen. Jhering zeigt in seiner kleinen Schrift „Der Kampf ums Recht“[32]) das Rechtsgefühl als den psychobiologischen Quell der Rechtserneuerung. Das Rechtsgefühl reagiert mitten im Getriebe der Zwecke mit feinster Empfindlichkeit. „Was weiß das Volk von dem Recht des Eigentums und dgl.? Was weiß das Volk von der Niere, Lunge, Leber . . .? Aber den Stich in der Lunge, den Schmerz in der Niere oder Leber empfindet jeder und versteht die Mahnung, die er an ihn richtet.“ Das Rechtsgefühl unterbaut die ganze Stufenleiter der Motive: den Interessenkalkül, die Behauptung der Persönlichkeit und ihrer ethischen Lebensbedingungen und schließlich die Verwirklichung der Idee der Gerechtigkeit. Ihren erhabensten Ausdruck findet das Rechtsgefühl in der sittlichen Entrüstung beim Anblick einer Vergewaltigung des Rechts; diesen in keiner Weise mehr concupisciblen, sondern irasciblen Affekt nennt Jhering den „Protest der kräftigen sittlichen Natur [!] gegen den Frevel am Recht“.

§ 48. Wie das Rechtsgefühl mit dem Anspruch auf B. als Moment der Rechtsverbesserung und Rechtserneuerung fungiert, zeigt in einfachen Zügen A. Lasson. Lasson sieht die B. zunächst als ein Mittel zur Abwendung großer Härten, die durch strenge Durchführung des formellen Gesetzes entstehen und der Gerechtigkeit widerstreiten können[33]), dann aber — worauf es hier ankommt — als die ständige Triebkraft zur Verbesserung der Gesetze[34]). Lasson zeigt, daß das von der B. immer tendierte

---

[31]) Rümelin, a. a. O.

[32]) hsg. v. R. Huch b. Reclam (o. J.; 1872[1] u. ö.).

[33]) Adolf Lasson, Syst. d. Rechtsphil. (Berlin-Leipzig 1882) 520 f.

[34]) a. a. O. 238 f.

„objektiv Gerechte zunächst immer nur durch seine Spiegelung in den Gemüthern das Recht zu gestalten vermag, und daß das Organ zur Fortbildung des Rechts die subjektive Anschauung vom Gerechten bildet, welche in den Menschen, theils in der Masse, theils in der Auswahl der berufenen Rechtsbildner lebt. Wo aber die Entwicklung in normaler Weise vor sich geht, da ist die Fortbildung des Rechts zur Correspondenz mit der subjektiven Anschauung vom Gerechten auch eine Entwicklung zur Uebereinstimmung mit dem an sich Gerechten. Denn die Ansichten der Menschen vom Gerechten bilden sich weiter aus auf Grund der reichlichen Erfahrung von dem, was in den wirklichen Lebensverhältnissen als das dauernd Mächtige und Bestand Verheißende sich bewährt, und damit stehen sie zugleich unter der Macht der Idee des Gerechten“[34]).

Diese Gedanken sind später von Julius Binder genauer ausgeführt worden (§ 59). Jetzt ist es nötig, auf die Problematik von B. und Rechtsgefühl einzugehen.

§ 49. Das problematische Verhältnis von B. und Rechtsgefühl wird klar und mit rechtspädagogischem Akzent von E. I. Bekker (1827—1916) ausgeführt[35]). Bekker ging vom römischen und modernen Privatrecht aus. Er hielt als Positivist das Recht für ein „wandelbares Menschenwerk“ (im Gegensatz zum Naturrecht als „Gotteswerk“). Diesem Recht tritt das Gerechtigkeitsgefühl gegenüber, dessen Funktion die B. ist. „Das Gerechtigkeitsgefühl fordert . . . über das Sonderinteresse hinwegschreitende Maßnahmen, aber auch Schonung und Förderung des Besonderen“[36]). Keinesfalls zielt die B. nur auf Milde und Schonung[37]); die „Natur der Sache“ kann größere Strenge als „billig“ erscheinen lassen, was freilich nicht immer unmittelbar dem Gerechtigkeitsgefühl entspricht. Wie aber das Werden des Rechts durch das Gerechtigkeitsgefühl beeinflußt wird, so auch durch die Natur der „Sache“. Das Gerechtigkeitsgefühl — vor allem des Volkes — muß an der „Sache“ orientiert sein, soll es Gerechtigkeitsgefühl und nicht nur Gefühl genannt werden. Nur dann kann erwartet werden, daß die B. der Gerechtigkeit dient.

Hieraus zieht Bekker zwei Konsequenzen. Einmal ist das Volk richtig aufzuklären. „Erforderlich wäre eine wirklich wissenschaftliche und wirklich populäre juristische Litera-

---

[35]) E. I. Bekker, Ueber die römische u. moderne Aequitas, i. Jb. d. internat. Vgg. f. vgl. Rechtswiss. u. Volkswirtschaftslehre I (1895) 337 bis 355; vielfach in Anlehnung an Ferd. Regelsberger, Pandekten I (Leipzig 1893).

[36]) Bekker 348; Regelsberger § 11.

[37]) Dies gegen Regelsberger.

tur“[38]). Denn „die öffentliche Meinung“ ist „nicht bloß ein rasch wechselndes, sondern auch verhältnismäßig leicht zu beeinflussendes Etwas“[38]). Ist die öffentliche Meinung hinreichend richtig[39]), dann lohnt sich juristisch die zweite Konsequenz: die wissenschaftliche Feststellung des — von der richtigen Meinung mitbestimmten — Rechtsgefühls[40]). Es ist „nach bewährter Methode festzustellen, was die Aequitas, oder das Rechtsgefühl, oder die öffentliche Meinung [die für Bekker gleichbedeutend sind][41]), fordert. Wahrscheinlich ist augenblicklich [c. 1896] niemand imstande, diese Methode anzugeben“[42]) [43]). Im übrigen hält Bekker die Berücksichtigung der B. für juristisch notwendig, besonders da Interpretation und Analogie nicht ausreichen, „das gesetzte Recht den Anforderungen des Lebens gemäß fortzubilden“[42]). Dabei kommt er dem Naturrecht sehr nahe[44]).

§ 50. Hiernach fällt auch ein Licht auf die These von K. H. Schmitt[45]), daß Recht und B. zusammenfalle, sobald die rich-

---

[38]) Bekker 355. — Als vorbildlich für wissenschaftlich zureichende und populäre Rechtsliteratur kann immer noch Jherings Schrift „Der Kampf ums Recht“ gelten. — Zum rechtspädagogischen Problem vgl. W. Jägers Ausführungen über Erziehung zum Staat als Erziehung zur Gerechtigkeit, i. Paideia I (Berlin-Leipzig 1934) 406 f.

[39]) Vgl. dazu G. Adler, Die Bedeutung der Illusionen für Politik und soziales Leben (Jena 1904).

[40]) Bekker 351 und 354.

[41]) Bekker verzichtet bewußt auf eine Unterscheidung; die aeq. „lebt in Bräuchen, Richtersprüchen, Gesetzen, aber auch außerhalb dieser, und wie sie bisher noch keinen festen Namen (Volksgefühl, Rechtsgefühl, Billigkeit, Gerechtigkeit usw.) gefunden hat, ebenso ist sie auch an keine feste Form gebunden.“ E. I. Bekker, Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung (Berlin-Leipzig 1910) 169. In dieser Schrift ist auch die dynamische (drängende, rechtserneuernde) Wirkung der B. gut dargestellt. Ueber die Gleichheit von ἐπιείκεια, aeq. und B. vgl. G. Kiß, B. und Recht, i. ArchRWPh III (1909/10) 536 ff.

[42]) Bekker 351.

[43]) Vgl. Hermann Kantorowicz. Zur Lehre vom richtigen Recht (Berlin 1909), der im Sinne der Freirechtsschule den „Gedanken einer allgemeingültigen Methode zur Ermittelung des jeweils in gegebener Lage richtigen Rechtes“ vertritt. Ferner auch Stammler (s. u. § 61), der eine Methode des „billigen Ermessens“ angibt, und W. Sauer (s. u. § 69), der eine Methode der Anwendung eines „juristischen Grundgesetzes“ entwickelt. Eine neuerliche Methode zur Findung von Recht und B. versuchte Karl Hermann Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre (Neue Deutsche Forschungen hsg. v. R. G. Günther und Erich Rothacker, Berlin 1935) 102 ff. (s. u. § 50).

[44]) Bekker bes. 352 f.

[45]) K. H. Schmitt (s. Anm. 43) 105.

terliche Entscheidung der Rechtsüberzeugung des Volkes nicht widerspreche. Dies mag subjektiv richtig sein. K. H. Schmitt übersieht aber, daß die Rechtsüberzeugung (sowohl die einheitliche, als auch die durchschnittliche und die einzelner Volksglieder) verschiedene Grade objektiver Richtigkeit hat, und daß sie nur im Idealfalle dem Totalinteresse des Volks g a n z e n entsprechen kann. Im germanischen Recht lag daher die Billigkeitsjustiz, die das Volksrecht v e r b e s s e r n sollte, bei denen, die den „weitesten Horizont" überschauten: bei den Trägern der höchsten Amtsfunktion, vor allem beim König. Einer solchen „höheren" Billigkeitsjustiz kann die Rechtsüberzeugung und damit das natürliche Rechtsgefühl des Volkes aber weitgehend angeglichen werden durch B e l e h r u n g (vgl. E. I. Bekker). Denn Billigkeit ist nicht eine n u r instinktive oder n u r intellektive, sondern instinktive u n d intellektive Rechtsfunktion (vgl. Ed. v. Hartmann). Bei unzureichender Kenntnis der Verhalte reagiert auch die B. unzureichend. Daher das Sprichwort: Mit dem Urteil weile, hör zuvor . . . usw.

Der logische und zugleich psychobiologische Charakter der B. weist also allemal auf die „Natur der Sache" und damit letztlich auf eine (den Menschen und sein „Gefühl" einbeziehende) „Ordnung" als rechtsaxiomatische Voraussetzung. In Bezug auf diese Ordnung ist die B. ein Problem der B i l d u n g.

Die Billigkeit und der Zusammenhang von Recht und Moral.

§ 51. Hat die B. — und damit Recht und Gerechtigkeit überhaupt — eine logische und psychobiologische Wurzel, so ist leicht ersichtlich, daß sie nicht nur ein Problem des Rechts, sondern auch der Moral ist. Nach der realistisch-ethisch-transzendenten Naturrechtstheorie galt das Naturrecht als ein T e i l der Moral. Es wurde und wird (s. § 71) aufgefaßt „als die Gesamtheit jener Vorschriften des natürlichen Sittengesetzes, die sich auf das gesellschaftliche Leben der Menschen beziehen und die Verpflichtung auferlegen, anderen das Ihrige zu geben"[46]). Seit T h o m a s i u s und besonders seit K a n t verbreitete sich der Dualismus von Ethik und Recht. Wir sahen aber, daß bei Kant die B. b e i d e n Bereichen angehörte, was wir für ein Argument für den natürlichen Zusammenhang von Recht und Moral hielten. Dieser Zusammenhang ist in der neueren deutschen Rechtsphilo-

---

[46]) A. L e h m e n, Lb. d. Phil. IV (Freiburg Br. 1919 [3]) 143. — Ueber den Zusammenhang von Recht und Moral vgl. auch R. H ö h n, Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft (Hamburg 1935) 78 f.

sophie auch von der B. aus wiederholt, aber ohne letzte Klärung, erörtert worden[47]).

§ 52. Adolf Trendelenburg (1802—1872), der Erneuerer des Aristotelismus, hat in seinem „Naturrecht auf dem Grunde der Ethik“[48]) die B. als einen ethischen Begriff aufgefaßt. „Ihr Ursprung liegt in der Ergänzung eines Mangels, welcher dem Gesetz als einem Allgemeinen anhängt oder zufällt“ (Aristoteles). Aber das „positive Gesetz mit den Anzeichen seiner Absicht“ bleibt die Norm. „Wenn die B. in abstrakterer Bedeutung darauf geht, gegen den Sinn des positiven Gesetzes die Vernunft des natürlichen Rechts geltend zu machen, so verläßt sie die Anwendung des förmlichen Rechts und streift in die Betrachtung der Gesetzgebung hinüber.“ Die B. hat lediglich „die ungewollte Herbigkeit des Gesetzes“ zu beheben (Platon).

Bezüglich der B. befindet sich also Trendelenburg nicht nur im Gefolge des Aristoteles, sondern auch Platons. Offenbar aber — dies spricht sich zwischen den Worten aus — hat Trendelenburg den Geist des Rechtspositivismus nicht zu bannen vermocht. Das Problem der Gesetzeslücken z. B. läßt er ungelöst. Das Verhältnis von Recht und Moral bleibt bezüglich der B. unklar.

§ 53. Schärfer arbeitete der Schweizer Gelehrte Walther Burckhardt das Verhältnis von Recht und Moral heraus, und zwar vermittels der B., aber unter Vermeidung des Wortes. In einer Untersuchung über Lücken des Gesetzes und Gesetzesauslegung kommt Burckhardt[49]) zur Unterscheidung von echten und unechten Lücken. Die echten gehen auf einen logischen, die unechten auf einen ethischen Fehler des Gesetzes zurück. „Das im echten Sinne lückenhafte Gesetz genügt nicht dem Begriffe des Rechts“, d. h. es „kann nicht rechtens sein“. „Das im unechten Sinne lückenhafte Gesetz genügt nicht der Idee des Rechts“; d. h. es „soll nicht rechtens sein“[50]). Das gesetzte Recht als Versuch zum Richtigen „muß zunächst gelten, auch wenn es als mangelhaft und sogar ungerecht erscheint. Aber was offenbar ungerecht ist, was handgreiflich unvernünftig oder barer Unsinn ist, oder geworden ist, das kann überhaupt nicht mehr als

---

[47]) Allgemein vgl. dazu Hans Nef, Recht u. Moral i. d. deutschen Rechtsphilosophie seit Kant (St. Gallen 1937). Nef arbeitet u. a. die Problematik der Kollisionen von Rechtsnormen und Moralnormen heraus und die Fragen nach der gegenseitigen Abhängigkeit von Recht und Moral.

[48]) Leipzig 1860; vgl. 152 ff. (§ 83); W. 123 f.

[49]) Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung, i. Abhandlungen z. Schweiz. Recht, N. F. 8 (Bern 1925).

[50]) a. a. O. 103.

der (amtliche) Ausdruck des Rechtes, was es doch sein soll, betrachtet werden. Der Richter, der sich nicht darüber wegsetzt, macht sich lächerlich, trotz aller Gesetzestreue“[51]). Dies aber nur, wenn die Ungerechtigkeit evident ersichtlich ist, also wenn der Fall dem Begriffe (logisch) oder der Idee des Rechts (ethisch) ohne Zweifel widerspricht. In allen anderen Fällen hat der Richter keine Wahl, ob er das Gesetz oder den Vertrag und dgl. „wörtlich“ oder „dem Sinne nach“ auszulegen habe. Ist der Wille des Gesetzgebers bzw. der Vertragspartner eindeutig feststellbar und entfällt dabei das Bedenken offenbarer Ungerechtigkeit (also eines logischen oder ethischen Fehlers), so bleibt für „vernünftiges Ergänzen“, was für Burckhardt soviel wie „billiges Ermessen“ bedeutet[52]), kein Raum. Auf die Theorie der B. geht Burckhardt, dessen Untersuchung mehr eine juristische ist, nicht ein.

§ 54. In einer Untersuchung über „Sittlichkeit und Billigkeit im deutschen bürgerlichen Recht“ von Otto Fischer[53]) soll die B. als eine Funktion der Sittlichkeit aufgefaßt werden. Dabei betrachtet Fischer das „billige Ermessen“ des Richters wie überhaupt die Jurisprudenz mehr als Kunst denn als Wissenschaft, als Kunst freilich, die ein Wissen zur notwendigen Voraussetzung habe. Der Richter hat diese Kunst als eine eigene geistige Tätigkeit auszuüben. „Er soll, wie das Schweizer Civilgesetzbuch (Art. I) bestimmt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde . . .“ Bei der Lösung dieser Aufgabe soll der Richter „mit dem gesamten Leben des Volkes und seiner Rechtslehre und Rechtspflege . . . Fühlung halten und nicht persönlichen Einfällen und Marotten nachgeben . . .“ Dabei können auch Fragen aufkommen, bei denen es nur auf eine zweckmäßige, insbesondere auch wissenschaftlich ersprießliche Lösung ankommt[54]). Diese Auffassung ist verwandt mit der der Freirechtsbewegung, von der wir noch sprechen werden (§ 56). Doch spricht Fischer der B. keine naturrechtliche Bedeutung zu[55]). Der Zusammenhang von Recht und Sittlichkeit, den Fischer klären wollte, wird nicht klar[56]).

§ 55. Ausführlicher klärt unter Berücksichtigung der B. O. v. Gierke das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit[57]). Gierke sieht Sittlichkeit und Recht als begrifflich und ihren Aufgaben

---

[51]) a. a. O. 105.
[52]) a. a. O. 77.
[53]) ArchRWPh 11 (1917/18) 296 ff. und 12 (1918/19) 24 ff.
[54]) ArchRWPh 12 (1918/19) 31.
[55]) a. a. O. 30.
[56]) a. a. O. 24, 29, 32.
[57]) Otto v. Gierke, Recht und Sittlichkeit, i. Logos 6 (1916/17) 211—264.

nach völlig getrennt, wenngleich sie in praxi kollidieren können. Recht und B. dagegen sind ihm „nicht . . . zwei verschiedene Begriffe, sondern . . . verschieden geartete Ausprägungen des einheitlichen Begriffes ‚Recht' . . . Das ‚billige Recht' ist ganz und nur Recht, und sein Gegensatz ist . . . nicht das Recht, sondern das ‚strenge Recht'. Es ist die römische Unterscheidung von ‚ius strictum' und ‚ius aequum', die irgendwie in jeder Ordnung wiederkehrt"[58]). Gierke hält das ius strictum für das ältere Recht[59]). Dieses „hält sich . . . an das Typische in den Lebenserscheinungen und knüpft an den die typischen Merkmale aufweisenden Tatbestand unabänderliche Rechtsfolgen; das spätere Recht würdigt in fortschreitendem Maße das „Individuelle jedes Einzelfalles', es erstrebt Freiheit und Beweglichkeit. Niemals jedoch kann auch die höchstentwickelte Rechtsordnung auf strenge Normen verzichten und in Billigkeitsnormen aufgehen. Eine so erweichte Rechtsordnung verlöre ihr Rückgrat und verfiele unheilbarer Schwäche"[60]). Der Rechtsidee, die den letzten Maßstab bildet, entspricht das Nebeneinander „von strengem und billigem Recht, die sich gegenseitig ergänzen und harmonisch zusammenwirken sollen"[61]).

Die Rechtsidee, sagt Gierke, muß „als eine in der Menschennatur angelegte ursprüngliche und eigenartige Geistesemanation begriffen werden. Die Idee des Gerechten aber deckt sich so wenig mit der ethischen Idee des Guten, wie mit der religiösen Idee des Gottesglaubens, oder der die Wissenschaft durchwaltenden Idee des Wahren oder der ästhetischen Idee des Schönen oder der politischen Idee der Macht oder der wirtschaftlichen Idee des äußeren Bedürfens. Keine dieser Ideen ist aus einer der anderen ableitbar[62]). Sie alle haben ihre gemeinsame Wurzel in der einheitlichen Natur der Menschenseele und sind miteinander durch eine Fülle gegenseitiger Beziehungen verbunden"[63]). Dem entspricht die Auffassung des neuzeitlichen Naturrechts. Gierke erklärt denn auch: „Es ist das unsterbliche Verdienst der Naturrechtslehre, den Gedanken der Selbständigkeit und Eigenart der Rechtsidee zu vollem Ausdruck gebracht zu haben. Sie irrte aber, wenn sie die Rechtsidee mit dem Rechte verwechselte"[64]).

Den Zusammenhang von Sittlichkeit und Billigkeit bespricht Gierke nicht eigens, obzwar innerhalb der genannten Untersuchung die Frage danach nahe lag. Da aber die B. nach

---

[58]) a. a. O. 252.

[59]) O. v. Zallinger glaubte umgekehrt, daß das ius aequum früher sei; vgl. § 8, Anm. 12.

[60]) Gierke, a. a. O. 252.

[61]) a. a. O. 254.

[62]) Vgl. dagegen die Lex-aeterna-Lehre des älteren Naturrechts.

[63]) Gierke, a. a. O. 244.

[64]) a. a. O. 245.

Gierke eine Ausprägung des einheitlichen Begriffs Recht ist, wird das Verhältnis von Sittlichkeit und B. klar, wenn man das allgemeine Verhältnis von Sittlichkeit und Recht dartut und dabei die rechtlichen Eigentümlichkeiten der B. (fortschreitende Würdigung des Einzelnen, der Freiheit und Beweglichkeit etc.) mit in Betracht zieht.

„Das Recht", sagt Gierke, „ist zur Alleinherrschaft berufen, wo lediglich das äußere Verhalten der Menschen in Frage steht, sein inneres Verhalten dagegen überhaupt nicht in Frage kommt. Insoweit dies der Fall ist, erscheinen die Rechtsnormen als sittlich indifferent. Das Sittengesetz würde seine Zuständigkeit überschreiten, wenn es sich hier eine Mitherrschaft anmaßte"[65]). „Die Sittlichkeit dagegen ist zur Alleinherrschaft berufen, wo lediglich die innere Willensbestimmung in Frage steht. Hier stößt das Recht an eine verschlossene Tür und maßt sich eine ihm nicht gebührende Zuständigkeit an, wenn es sich den Eingang zu erzwingen versuchte"[66]). Bei den sich ergebenden Konflikten „fordert . . . die Erhaltung der Gesundheit des Volkslebens, daß sie überhaupt tunlich vermieden und, wenn sie eintreten, durch Versöhnung von Recht und Sittlichkeit beigelegt werden[67]). Das Ideal des ewigen Friedens ist freilich unerreichbar. . . . Allein eine Annäherung an das Friedensziel ist möglich und wird in dem Maße gelingen, in dem beide Mächte sich ihrer Ergänzungsbedürftigkeit bewußt werden und weise Selbstbeschränkung üben. . . . Nur hängt das Maß der . . . Nachgiebigkeit von rechtspolitischen Erwägungen ab, die sehr verwickelter Natur . . . sind. Das Recht gilt für alle und darf daher weder die sittlichen Anschauungen der ethisch Hochstehenden noch die der Mehrheit ausschließlich in Betracht ziehen, muß vielmehr auch das sittliche Bewußtsein der breiten Masse beachten und den Ueberzeugungen von Minderheiten gebührende Rücksicht zollen"[68]). (Vgl. Bekker, § 49.)

Gierke sieht also Recht und Sittlichkeit, obzwar sie ihrer Zuständigkeit nach getrennt sind, als einander ergänzend an. Beide können auch kollidieren, wie wir gesehen haben, und sie sollen möglichst übereingebracht werden. Warum aber solche moralische Rücksicht in Rechtssachen von Gierke nicht Billigkeit genannt worden ist, wollen wir nicht untersuchen. Gewiß hätte es den angeführten Einteilungen Gierkes nicht widersprochen. Welche Idee aber — die rechtliche oder die ethische — bei

---

[65]) a. a. O. 232.

[66]) a. a. O. 233.

[67]) Gierke erläutert diese Gedanken durch Analyse der Problematik eines Volkes mit verschiedenen Religionsbekenntnissen, a. a. O. 236 f. und 240 f.

[68]) a. a. O. 239 f.

der moralischen Rücksicht in Rechtssachen entscheidend sein soll, bleibt bei Gierke problematisch, da er beide koordiniert. Lediglich der Hinweis auf das Naturrecht läßt vermuten, daß Gierke den Ausgleich von Recht und Moral in einer größeren Ordnung gesucht hat.

Allgemein bleibt festzuhalten, daß das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit von der B. aus nicht restlos geklärt worden ist. Die Sittlichkeit erschien aber durchweg als integrierendes Moment des Rechts; d. h. Recht kann der Sittlichkeit nicht widerstreiten, ohne der Idee des Rechts zu widerstreiten. Recht und Sittlichkeit weisen auf eine sie beide konstituierende Ordnung als axiomatische Voraussetzung.

Die Billigkeit als formale Grundlage und Ideal des Rechts.

§ 56. Die Frage nach einer normativen größeren Ordnung, die offenblieb, sei zunächst in formaler Hinsicht von der B. aus umstellt. Schon eingangs bezeichneten wir die B. als ein Kriterium des Rechts, das grundlegende und richtungweisende Bedeutung habe. Die neue deutsche Rechtsphilosophie kennt denn auch Versuche, das Recht von der B. aus zu verstehen und zu begründen.

Zunächst kommt hier die sog. Freirechtsbewegung[69]) in Betracht, die in Reaktion besonders gegen den Rechtspositivismus für „billiges Recht" eintrat. Als ihr Erfolg wird von vielen das Schweizerische[70]) Zivilgesetzbuch angesehen, das dem Richter eine große Freiheit des billigen Ermessens zugesteht. Die Freirechtsbewegung war im Jahre 1910 in Berlin Gegenstand des ersten Kongresses der „Internationalen Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie samt den Gesetzgebungsfragen"[71]).

[69]) Vgl. Gnaeus Flavius (Herm. Kantorowicz), Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906); ders., Rechtswissenschaft und Soziologie (1911); Eugen Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (1903); ders., Grundlegung der Soziologie des Rechts (1912); Ernst Fuchs, Die Gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz (1909); Erich Stampe, Die Freirechtsbewegung (1911); Ernst v. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (1914). Weitere Lit. b. G. Kiß, B. und Recht, i. ArchRWPh III (1909/10) 536. Aus der früheren Lit. vgl. auch Birkmeyer i. Ztschr. f. Civilprozeß V (1882) 157, der von einer aeq. spricht, „welche über dem ius strictum steht und welche im Kollisionsfalle das ius bricht"; ders., Die Exceptionen in bonae fidei iudicium (Erlangen 1874) bes. 114.

[70]) Die Freirechtsbewegung, die sich besonders auf Deutschland und Oesterreich erstreckte, hatte starke Anregungen aus Frankreich erfahren, besonders durch Lambert, La fonction du droit civil comparé (1903) und Gény, Methode d'interprétation et des sources en droit privé positif (Paris 1899); vgl. Kiß a. a. O. 545 und dort. Lit.

[71]) Die Berichte darüber mit Referaten von S. Brie, H. Reichel und G. Kiß s. i. ArchRWPh III (1909/10) 526—550.

Als Gründe für das Heraufkommen der freirechtlichen Bewegung wurden des näheren angegeben:[72]) a) der zum Quietismus verführende Historismus der Historischen Schule, b) der juristische Positivismus, dem Gesetz und Recht identisch sind und der, insofern er in den Paragraphen der Gesetze seine ultima ratio sieht, auch wohl Paragraphismus heißen dürfe, c) der vom Zweck der Rechtssätze abstrahierende Formalismus, dem die Jurisprudenz mehr oder weniger ein Schachspiel mit Denkformen ist, d) der dem Formalismus eng verschwisterte Intellektualismus, der den Juristen als bloßen Subsumtionsautomaten und Syllogistiker ansieht. Dem gegenüber erstrebte die Freirechtsbewegung eine Rechtspflege nicht nach philologischen, sondern nach teleologischen Gesichtspunkten. Ihr τέλος war im wesentlichen soziologisch bestimmt (durch den „Unterbau" des Rechts)[73]). Dabei verlangte die extreme Richtung auch Freiheit g e g e n das Gesetz, die gemäßigte Richtung nur weitest mögliche Freiheit i n n e r h a l b des Gesetzes.

Damals (1910) wurde auch auf gegnerischer Seite die Notwendigkeit einer Entscheidung nach Recht u n d B. erwogen. Freilich nur für d i e Fälle, „in denen das Gesetz selbst den Richter auf sein Ermessen verweist oder ihm in ähnlicher Weise eine Freiheit der Würdigung gibt"; in diesen Fällen „soll er . . . seine Entscheidung nach Recht und B., also nicht lediglich nach B., sondern mit Berücksichtigung der bestehenden Rechtsordnung, treffen"[74]). Eine so verstandene gemäßigte Freirechtsbewegung wurde als eine „Synthesis zwischen der Thesis der Begriffsjurisprudenz und der Antithesis radikaler Gefühlsrechtssprechung" erachtet[75]). Anerkannt wurde also auf der gegnerischen Seite lediglich eine aeq. scripta.

§ 57. In kritischer Auseinandersetzung mit der Freirechtsbewegung kam G. K i ß in einer reichhaltigen und klaren Arbeit[76]) zu dem Ergebnis, daß die B. das Grundprinzip des Rechts als Auslegungsmaxime sei. Kiß faßt die B. als die ungeschriebenen Elemente des Rechts, „mit denen sich eine jede produktive Rechtsanwendung aushelfen muß. Das Verhältnis des Rechts mit der B. bedeutet eigentlich das Verhältnis des gesetzten Rechts mit den

---

[72]) a. a. O. 534 (Reichel).

[73]) Vgl. u. § 69 W. S a u e r, der mit der gleichen Tendenz wie die Freirechtsschule, aber in Gegensatz zu ihr den „Ueberbau" des Rechts betont.

[74]) ArchRWPh a. a. O. 534 (Brie).

[75]) a. a. O. 535 (Reichel).

[76]) G. K i ß, B. und Recht, i. ArchRWPh a. a. O. Diese Arbeit des ungarischen Gelehrten wird in jeder Untersuchung über die B. berücksichtigt werden müssen. Sie ist historisch wohlgeordnet, enthält einen reichen Apparat und öffnet Zugänge zu vielen Seitenproblemen.

soeben erwähnten ungeschriebenen Bestandteilen des tatsächlich geübten Rechts"[77]). Kiß greift auf Aristoteles zurück, dem die ἐπιείκεια ein unmittelbarer Ausfluß des ἄγραφος νόμος war (§ 9). Dem gemäß versteht er die B. als „das richtig verstandene und ausgelegte Recht, welches durch das positive Recht selbst stets erstrebt wird. . . . Das geschriebene Recht ist der Wortlaut des Gesetzes, das ungeschriebene der vollkommene Inhalt desselben, insofern dies für jeden einzelnen Fall nicht unmittelbar ausgedrückt werden kann"[78]). Kiß versteht dies jedoch nicht im Sinne der Freirechtsbewegung, und er will überhaupt jede irgendwie voluntaristische Subjektivität ausgeschaltet wissen. Vielmehr versteht er nach dem Vorgang der römischen aeq. die B. als „die methodische Möglichkeit einer an dem Prinzip der gesetzlichen Bindung festhaltenden und dennoch entwicklungsfähigen Rechtsanwendung"[79]). Die „Entwicklung" besteht im zunehmenden Ausfüllen der Gesetzeslücken mit ungeschriebenen (d. h. zu schreibenden) Elementen des Rechts. Die Lückenhaftigkeit des Gesetzes geht zurück: a) auf Gesetzeslücken im engeren oder technischen Sinne, bei denen es an den näheren abstrakten Regeln zur Entscheidung des vorhandenen Rechts fehlt (freie aeq.) und b) auf unausgefüllte Rahmen des Gesetzestextes, wenn im Gesetze zwar alles, was an allgemeinen Sätzen überhaupt zu sagen ist, gesagt wird, die besonders eingehende Regelung der Einzelfälle jedoch nicht direkt entschieden, sondern durch (ausdrückliche oder stillschweigende) Hinweisung auf eine andere Rechtsquelle durchgeführt wird[80]).

Im ganzen gesehen ist also bei Kiß die B. das gesetzverbessernde Auslegungs- und gesetzbildende Grundprinzip des Rechts, nach dem der Richter an dem Werk des Gesetzgebers teilhat. Das damit stillschweigend Naturrecht qua „ius aequum" unterstellt wird, ist ersichtlich.

§ 58. Auch Karl Schmölder[81]) sah die B. als Grundlage des Rechts an. Er versuchte, von der B. aus die amtliche Rechtsauffassung zu berichtigen. Als praktischer Jurist hielt er den Positivisten vor, daß die Praxis mit positiven Rechtssätzen allein nicht auskommen könne[82]). Das „ursprüngliche Denken", in welchem sich die B. manifestiere, sei zwar eine schwierige und ver-

---

[77]) a. a. O. 537.

[78]) a. a. O. 539—540.

[79]) a. a. O. 542.

[80]) a. a. O. 548; Beispiel zu b): Feststellung des Strafmaßes innerhalb des gesetzlichen Rahmens (keine Revision wegen Gesetzesverletzung).

[81]) Karl Schmölder, Die Billigkeit als Grundlage des bürgerlichen Rechts (Hamm i. W. 1907).

[82]) a. a. O. 32.

antwortungsvolle Sache und werde daher von dem Durchschnitt der Menschen gern vermieden[83]). Aber das positive Gesetz sei nichts anderes als der amtliche Ausdruck der B., der nicht die B. binde oder in sich aufnehme, sondern stütze und nötigenfalls gegen die B. zurücktrete[84]). „Die B. ist die Seele und das gemeine Recht der Körper des in der Rechtsweisheit bestehenden Rechts. Beide . . . gehören zusammen, um das Weisheitsrecht (im ganzen) auszumachen."[85])

Sonach betrachtet Schmölder die B. als die Grundlage des positiven Rechts überhaupt. Zum Nachweis dessen erbringt er viel Material aus der Rechtsgeschichte und der richterlichen Praxis. Seine Monographie ist stellenweise eine Phänomenologie[86]) der (früher angeführten) klassischen Definition der B. von Aristoteles (vgl. § 9).

§ 59. In größten und stringenten Zügen weist Julius Binder (geb. 1870) die B. als Grundlage und Ziel des Rechts auf. Binder ist an Kant und vor allem an Hegel orientiert. Im Mittelpunkt seiner Rechtsphilosophie steht die Rechtsidee; diese bedeutet die Ueberwindung des Individualismus durch äußeren Zwang zwecks Herstellung einer Gemeinschaft und Entfaltung des menschlichen Geistes[87]). Ueber die B. hat sich Binder eingehend verbreitet[88]).

Zunächst bemüht er sich um die Frage, in welchem Verhältnis das Recht zur B. tatsächlich stehe. Von der Antwort dieser Frage aus untersucht er, welches ideelle Verhältnis zwischen Recht und B. bestehe. Binder geht sehr umsichtig und unter vielfacher Verweisung auf konkrete Fälle und Gesetzesstellen zu Werke.

Tatsächlich kommt die B. dreifach vor: 1. als Ausgleichung von Ungleichartigem, 2. als Richtlinie bei der Anwendung von Rechtsnormen und 3. als Grundlage für die Rechtsfindung[89]). Tatsächlich findet auch der Prozeß zwischen Recht und B. niemals ein Ende; immer wieder streitet die B. gegen das strenge, als veraltet und unerträglich empfundene Recht. So entsteht neues Recht. Aber das neue Recht wird immer wieder die Tendenz haben, unbilliges Recht zu werden, und ist notwendig mit den Mängeln behaftet, die dem Recht wesentlich und eigentümlich sind. B. und Recht verhalten sich wie Thesis und

[83]) a. a. O. 9.
[84]) a. a. O. 5.
[85]) a. a. O. 5.
[86]) bes. a. a. O. 32 ff.
[87]) Vgl. Sauer 61; Schilling 27.
[88]) Julius Binder, Phil. d. Rechts (Berlin 1925) 396—409.
[89]) a. a. O. 397—400.

Antithesis; die Geschichte des Rechts ist der dialektische Prozeß, der die Gegenätze in einer höheren Einheit aufhebt: in der Idee des billigen Rechts[90]).

Daraus folgert Binder in ideeller Hinsicht: Das „dialektische Wesen des Rechts . . . und das darin begründete Verhältnis von Gerechtigkeit und B. ist nur denkbar von unserer Auffassung vom Wesen der letzteren und des Rechts als der durch die Idee des Rechts bedingten empirischen Gegebenheit. Gäbe es ein Idealrecht, was voraussetzen würde, daß es einen Sinn hätte, von Verwirklichung der Ideen in der empirischen Welt zu sprechen . . ., dann wäre es undenkbar, daß neben der Idee des Rechts noch eine andere Idee zur Bewertung des Rechts dienen könnte . . .[91]). Gerade darin, daß das Wesen der Rechtsidee ein ganz anderes ist, scheint es . . . dagegen begründet, daß das Recht sich nicht darin genügen darf, gerecht zu sein, sondern daß es gerecht und billig sein soll und sein kann."[92])

§ 60. Auch Josef Kohler (1849—1919), der unter freier Anlehnung an den Hegelschen Entwicklungsgedanken das Recht „universalrechtsgeschichtlich", also rechtsvergleichend betrachtet, faßt die aeq. als ein „Recht der oberen Hemisphäre" auf, durch das die Idee des Rechts in ihrer Größe und Heiligkeit zur Verwirklichung gebracht werde[93]). Es sei das „Kulturrecht", d. h. „das Recht, das danach strebt, allen vorhandenen Anforderungen zu entsprechen und sich von den regelmäßigen Schablonen freizuhalten, so daß es den Eigenarten des vorhandenen Falles nach allen Seiten hin vollkommen nachzugehen vermag". Es entscheidet nach den Rücksichten, „welche der Menschheit am besten frommen". Kohler will damit nicht bei einem allgemeinen Menschheitsrecht stehen bleiben. Die Frage

---

[90]) Vgl. auch die Unterscheidung von statischem und dynamischem Rechtsdenken bei W. Glugler, Rechtsschöpfung und Rechtsgestaltung (München 1930 [3]). Glugler sucht Statik und Dynamik des Rechtslebens zu harmonischer Synthese zu bringen.

[91]) So hatte ja auch bei Hegel die B. die sehr untergeordnete, „eigentlich" nicht notwendige Funktion einer Interpolation der Reste (vgl. § 34).

[92]) Binder, a. a. O. 407 f. Vgl. auch Binder, System der Rechtsphilosophie (Berlin 1937) 375, betr. Begnadigung (die „aus B." erfolgen kann): sie dürfe „nicht erfolgen aus Gründen des Mitleids oder der Liebe oder um irgendwelcher empirischer Zwecke willen, sondern nur zur Herstellung des richtig verstandenen Rechts, zur Verwirklichung des Rechtsbegriffs als Idee, wenn diese selbst nämlich durch die Strenge des Gesetzes oder die Härte des Richterspruchs im einzelnen Falle bedroht erscheint."

[93]) Josef Kohler, Schiedsgericht und Aequitas, i. ArchRWPh XIII (1919/20) 6—8.

nämlich, ob und wann gegen den Willen der Parteien oder einer Partei nach B. zu entscheiden sei, hänge von der Anschauung der Stände und Volkskreise ab. (Zum damit verbundenen rechtspädagogischen Problem vgl. Bekker § 49 und Gierke § 55.)

§ 61. Endlich sei auch angeführt, welche formale Bedeutung die B. in Bezug auf die Rechtsordnung bei Stammler, dem bedeutendsten Rechtsformalisten, hat. Stammler, erkenntnistheoretisch an Kant und der Marburger Schule orientiert, kennt die B. in dreifacher Bedeutung[94]): 1. als grundsätzliche Richtigkeit (dann ist sie von der Gerechtigkeit nicht verschieden); 2. als Bestreben des Gesetzgebers, das Gesetz als einen der Gerechtigkeit entsprechenden Obersatz zu formen[95]); 3. als richterliches Ermessen in solchen Fällen, in denen „es sich um das Ziehen einer Grenze zwischen zwei Streitteilen handelt, die durch ein ganz unbestimmtes Gebiet zu legen ist". In dieser letzten Bedeutung spreche man heute meist von „billigem Ermessen"; dieses entwickelt Stammler des näheren[96]). Eine eindeutige Theorie der B. haben wir bei Stammler nicht gefunden[97]). Bedenkt man aber, daß die angeführten drei Bedeutungen von B. zwar auf historisch-rechtlich-sachliche Besonderung gehen, ihrer Tendenz nach aber nach der Idee des Rechts ausgerichtet sind, so läßt sich die B. auch eindeutig in das Stammlersche Schema[98]) einordnen.

Bei Stammler ist „alles, was immer an rechtlichem Begehren und Anordnen erscheint", geschichtlich bedingt[99]). Nur der Begriff des Rechts, der auf die verschiedenen Arten des Rechts anwendbar ist, sowie die Idee des Rechts als die Vorstellung des reinen rechtlichen Wollens in Bezug auf das Ganze aller je möglichen Erlebnisse sind „Gedanken unbedingter Allgemeingültigkeit". Die Idee des Rechts steht für den idealen Endzweck (vgl. Aristoteles — Thomas v. Aquin), nach dem jedes rechtliche Begehren in seiner besonderen Lage zu richten und zu leiten ist, wenn anders es grundsätzlich richtig dastehen soll. Obzwar Stammler damit dem Naturrecht sehr nahe kommt (wie überhaupt seine Lehre weit mehr Naturrecht enthält, als man gemein-

---

[94]) R. Stammler, Lb. d. Rechtsphil. (Berlin-Leipzig 1928 [3]) 320; ders., Die Lehre vom richtigen Recht (Berlin 1902) 3, I, V.

[95]) Die betreffende Stelle bei Stammler ist schwer verständlich; wenn wir ihn recht verstanden haben, meint er eine „intentio recte ordinandi".

[96]) Vgl. Stammler, Lb. d. Rechtsphil., 204, 321 ff.

[97]) In Stammlers Theorie d. Rechtswiss. (Halle/S. 1923) 407 ff. bzw. 185 erscheint die B. teils als Methode zur Aufsuchung des richtigen Rechts, teils als allgemeine rechtliche Grundsätzlichkeit.

[98]) Stammler, Lb. d. Rechtsphil., 1—8.

[99]) Gemeint ist „mit"bedingt.

hin vermutet)[100]), so folgert er doch nicht, daß aus der Idee des Rechts ein „Idealrecht" abgeleitet werden könne; kein einziger Rechtssatz sei möglich, „der in der Besonderheit seines Inhaltes unbedingt richtig feststände"[101]). Unbedingte Allgemeingültigkeit eigne „nur den formalen Richtlinien des rechtlichen Begreifens und Urteilens"[102]). Nun kommt aber der B. immer und unter allen Umständen die Tendenz zur Realisierung der Rechtsidee zu; d. h. (s. o.) die Tendenz zum „idealen Endzweck", nach dem jedes rechtliche Begehren und Anordnen in seiner besonderen Lage zu richten und zu leiten ist. Insofern können wir die B. bei Stammler als eine „formale Richtlinie" des reinen rechtlichen Wollens verstehen, d. h. als einen „Gedanken von unbedingter Allgemeingültigkeit", der dem rechtlichen Begehren und Anordnen immer vor- und mitgegeben ist[103]).

Die Versuche, die B. als Grundlage des Rechts zu verstehen, führten nur dahin, sie als formale (inhaltlich noch nicht bestimmte) Grundlage zu begreifen. Die damit verbundenen Versuche, sie als Ideal des Rechts zu verstehen, ergaben ebenfalls nur formale Richtlinien. Da aber die formalen Bestimmungen nur als Bestimmungen realer Zusammenhänge Sinn haben, verweisen sie indirekt auf eine reale — inhaltlich zu bestimmende — Ordnung als rechtsaxiomatische Voraussetzung. Die B. hat die Tendenz, bei Rechtshandlungen auf eine möglichst vollkommene Berücksichtigung dieser Ordnung hinzudrängen; und der B. wird umsomehr entsprochen, je vollkommener dieser Ordnung entsprochen wird. Damit sind wir von der B. aus auf das Problem der realen Rechtsordnung verwiesen.

Die Billigkeit und das Problem der realen Rechtsordnung.

§ 62. Wir haben wiederholt gesehen, daß billiges Ermessen vorzüglich jenen zugesprochen wurde, die tiefere Einsichten in

---

[100]) Vgl. Berolzheimer, System d. Rechts- und Wirtschaftsphilosophie II (1904 ff.) 428; Cathrein 165—169; Bergbohm 141 bis 147.

[101]) Die allgemeinen Naturrechtssätze (pacta servanda sunt, u. dergl.) sind nach Stammler „formale Richtlinien" in Form praktischer (inhaltlich bestimmter) Urteile.

[102]) Stammler, Lb. d. Rechtsphil., 8.

[103]) Stammler, Theorie d. Rechtswiss., 85. — Beiläufig kommt auch bei Graf zu Dohna, der sich in seiner Untersuchung über Die Rechtswidrigkeit (Halle 1905) an Stammlers Formalismus anlehnt, die B. als eine formale Richtlinie des rechtlichen Wollens zur Andeutung. Graf zu Dohna operiert mit dem Begriff der „Angemessenheit" als formalem Rechtsprinzip und spricht dabei (zur Klärung der Rechtswidrigkeit) dem individuellen Ermessen mitentscheidende Bedeutung zu; vgl. bes. 42 ff. u. 78.

die größeren (letztlich axiomatischen) Zusammenhänge haben. Aus den Kräften der psychobiologischen Wurzel fungiert die B. zwar instinktiv; sie fungiert instinktiv zur Wahrung der primitiven Strebungen der Natur und bedarf dazu nicht besonders tiefer Einsichten. Die primitiven Strebungen der Natur aber differenzieren sich, sie bilden kleinere und größere Zweck- und Sinnzusammenhänge und letztlich den Ordo überhaupt. In Bezug auf diese Zusammenhänge fungiert die B. nur insoweit, als solche Zusammenhänge dem Rechtssubjekt bekannt sind. Sind tiefere (insbesondere Wert-) Zusammenhänge nicht bekannt, so können sie nicht normativ wirken und B. kann nicht für sie eintreten. Der Volksmund sagt diesbezüglich: Was man nicht weiß, macht einen nicht heiß. Sind die Zusammenhänge falsch gesehen, so kann das billige Ermessen fehlgeleitet werden, freilich nur soweit, als Fehlleitung nicht wider die primitiven Strebungen der Natur geht, die instinktiv gesichert und sonach normativ vorgeformt sind. Das billige Ermessen — und damit auch die Gesetzgebung und die Rechtstätigkeit überhaupt — ist also (wie früher schon dargelegt) auch ein Problem der Bildung[104]). Hier ist die dem „billigen Ermessen" helfende, kritische, aufhellende, relativierende und richtungweisende Bedeutung der doktrinellen Rechtsbemühung, vorzüglich der Rechtsphilosophie, besonders ersichtlich[105]). Die Vollkommenheit dieses Ermessens hängt ab von der Vollkommenheit des Begriffs der (realen, nicht fiktiven) Ordnung. Wir werden im folgenden die B. im Verhältnis zu verschieden vollkommenen Begriffen realer Ordnung betrachten.

§ 63. Den unvollkommensten, inhaltlich ärmsten Begriff einer realen Ordnung haben wir bei Max Stirner (1806 bis 1856)[106]) gefunden. Für ihn gibt es keinerlei Rücksicht auf andere und also auch keine B. Damit unterbietet Stirner sogar die Materialisten, die wenigstens für allgemeine Wohlfahrt eintreten (vgl. Holbach [s. o.]) und Feuerbach [s. u.]). „Ist der Staat eine Gesellschaft von Menschen" sagt Stirner, „nicht ein Verein von Ichen, deren jedes nur sich im Auge hat, so kann er ohne Sittlichkeit nicht bestehen und muß auf Sittlichkeit halten. Darum sind wir beide der Staat und Ich, Feinde. Mir, dem Egoisten liegt das Wohl dieser menschlichen Gesellschaft nicht am Herzen, ich opfere ihr nichts, Ich benütze sie nur — was kümmert mich das Gemeinwohl?"[107]) Nach diesem (dem absoluten) Egoismus sind

[104]) Vgl. M. E. Mayer, Rechtsphilosophie, i. Enzykl. d. Rechts- u. Staatswiss. (Berlin 1922) 85 f.

[105]) Vgl. Sauer 235.

[106]) Der Einzige und sein Eigentum (1845 u. ö.).

[107]) Zit. n. Ueberweg-Oesterreich, Grundriß IV (Berlin 1923 [12]) 230.

Recht und B. unmöglich. Umgekehrt lehnt billiges Ermessen eine Auffassung wie die Stirners instinktiv ab.

§ 64. Von den deutschen Materialisten des 19. Jhts., die wie ihre Vorgänger durchweg eine Glückseligkeits- und Wohlfahrtsethik lehrten[108]), bietet uns Ludwig Feuerbach (1804 bis 1872) in seinem Nachlaß einen Aufsatz über das Thema „Noth meistert alle Gesetze und hebt sie auf"[109]). In diesem Aufsatz behandelt Feuerbach nicht ausdrücklich die B. Aber er verweist auf die „Goldene Regel" des Sittengesetzes: „Was man nicht wünscht, daß es uns gethan werde, das muß man auch andern nicht thun"[110]), welche Regel uns wiederholt als eine Formulierung der B. begegnet ist. Feuerbachs normative Ordnung ist also weit vollkommener als die Stirners; sie bestimmt sich nach der eigenen Glückseligkeit und der der anderen.

§ 65. Typologisch verwandt mit Holbach und Feuerbach ist Erich Jung[111]), dessen natürliche Rechtsauffassung aber zu einer ethischen Tiefendimension findet. Jung beurteilt die B. nach der in der gesamten Rechtsgeschichte zu findenden faktischen Zweiheit von Satzungsrecht und Billigkeitsrecht[112]). Mit B. sei „immer eine spezialisierende Ausnahme gegenüber der aus einer allgemeinen Regel sich ergebenden Aussage über Recht oder Unrecht gemeint . . . Die Unterscheidung von Recht und Unrecht führt zurück auf die umfassendere Kategorie der Unterscheidung von Gut und Böse", ist also ethisch begründet[113]). Jung sucht die „ethischen Lebenserscheinungen" unter Verzicht auf „transzendentale Behelfe" rein „weltlich" „auf Darwinisch-Schopenhauerschen Wegen" herzuleiten, wobei er sich an Comtes Dreistadiengesetz anschließt[114]).

In diesem Rahmen findet er zunächst zu einer Wohlfahrtsethik, deren Typ uns bei Holbach und Feuerbach begegnete. Das Recht regeneriert sich „aus dem Gemeinschaftsleben und dem damit gegebenen" rücksichtlichen „Aufeinanderwirken der Zusammenlebenden"[115]). Soweit geschichtlich vorgegebene positive Rechtssätze nicht ausreichen, wird aus der Verletzungsempfindung neues, billiges Recht gewonnen. Diese Gewinnung ist

---

[108]) Vgl. Lange, Gesch. d. Materialismus (1887) I, 4, 1 ff.

[109]) L. Feuerbach, Briefwechsel und Nachlaß 1850—1872, hsg. v. Karl Grün II (Leipzig-Heidelberg 1874) 285 ff.

[110]) a. a. O. 293.

[111]) Erich Jung, Das Problem des natürlichen Rechts (Leipzig 1912).

[112]) a. a. O. 324.

[113]) a. a. O. 314 f. und dort. §§ 1—3.

[114]) a. a. O. 315 und dort. § 3.

[115]) a. a. O. 171, § 6.

Findung von latent vorhandenem Recht, das erst am Einzelkonflikt empfindungsmäßig bewußt wird[116]). Da das billige Recht nicht durch Deduktion aus vorhandenen Rechtssätzen, sondern vom Einzelfall aus gewonnen werde, nennt Jung diesen Prozeß „induktive Rechtsfindung"[117]). Natürlich kann ein vom Richter „gefundenes" Recht vom Gesetzgeber „promulgiert" werden (vgl. den unendlichen Prozeß der Rechtsverbesserung bei Binder).

§ 66. Auch innerhalb des „Nationalsozialistischen Handbuchs für Recht und Gesetzgebung" hat Erich Jung die B. behandelt, und zwar als Rechtsquelle[118]). Jung überblickt zunächst die historischen Befunde der Billigkeitsjustiz und wendet sich dann der hinter uns liegenden Inflationszeit zu, in der die deutsche Rechtsprechung durch die schicksalhaften Vorgänge allmählich zur Abwendung von dem positivistischen Satze „Papiermark = Goldmark" geführt worden sei. Dieser Prozeß, so wird des näheren ausgeführt, sei besonders geeignet gewesen, das Wesen der B. dem Rechtsgewissen der Juristen und des ganzen Volkes exemplarisch nahezubringen. (Jung bringt diesbezüglich einen Hinweis auf die Richter von Rhode-Island; „sie wurden vor einen Staatsgerichtshof gestellt, weil sie die in einem Gesetz von 1786 angedrohte Todesstrafe nicht aussprechen wollten für den, der das gesunkene nordamerikanische Papiergeld nicht zum gleichen Kurs wie Gold- und Silbergeld behandelte"[119]).) Wenn auch, so führt Jung weiter aus, jeder Volksgenosse die Beobachtung des geschichtlich gewordenen positiven Gesetzes, also Rechtssicherheit, erwarten kann, und wenn auch die Richter zur Beobachtung des positiven Gesetzes streng verpflichtet sind, so findet doch die positive Regel „da ihre Grenze, wo die Nichtzumutbarkeit, die Unbilligkeit, die Härte der Folgerung aus dieser Regel für den Einzelfall schwerer wiegt, als die in der Nichtbeobachtung, in der Enttäuschung jener Erwartung liegende Härte, Unbilligkeit für den anderen Teil. Jede einzelne Rechtsanwendung steht, weil die Rechtsordnung das ethische Minimum ist, allemal auch unter dem ethischen Gesichtspunkt"[120]).

Hier zeigt sich wieder der in bezug auf die B. kriteriologische Gedanke des contrarius defectus, der uns schon bei Cajetan (§ 18), Suarez und Alfons v. Ligouri (§ 21) begegnet

---

[116]) a. a. O. 46, § 2.

[117]) a. a. O. 43 und 46, § 2.

[118]) Nationalsoz. Hdb. f. Recht u. Gesetzgebung, hsg. v. Hans Frank (München 1935) 29—70.

[119]) Der neue Pitaval, Sammlung d. interessantesten Kriminalgeschichten, hsg. v. Hitzig und Häring (W. Alexis) 13. Teil (1848).

[120]) Nationalsoz. Hdb. 59—60.

war. Doch muß dabei beachtet werden, daß Jung wohl eine rein diesseitige Ethik meint (s. o. § 65).

Auf welche Weise die „nationalen Substanzwerte" — nach Hans Frank: Boden, Rasse, Arbeit, Wehrkraft, Staat, Ehre und kulturell-geistige Werte[121]) — für eine solche Ethik konstitutiv sind, wird a. a. O. von Jung nicht angeführt[122]). Immerhin kann ohne weiteres gefolgert werden — und damit wenden wir uns dem Problem „B. und reale Rechtsordnung" wieder näher zu —, daß eine Verletzung nationaler Substanzwerte durch Befolgung eines die Substanzwerte stützen sollenden positiven Gesetzes als contrarius defectus erachtet werden muß[123]). Natürlich würde es nie der B. entsprechen, wollte man nur utilistisch urteilen; alsdann bliebe bezüglich der höheren Werte immer ein contrarius defectus offen, d. h. ein rechtskriteriologisches Vakuum[124]). Diesbezüglich bleibt wohl zu beachten, daß Ehre und kulturell-geistige Werte auch zu den nationalen Substanzwerten gezählt werden (s. o.), also Werte, die weit über der utilistischen Fläche liegen, was übrigens — hinreichend tief verstanden — auch von den anderen nationalen Substanzwerten gilt. Hier wird wieder deutlich, daß die Tiefe des rechtlichen Ethos und die Zuverlässigkeit des billigen Ermessens — wie immer betont — weitgehend von der Vollkommenheit des Begriffs der realen Ordnung abhängt.

§ 67. Das Problem „B. und reale Rechtsordnung" erfährt eine Aufhellung durch C. Schmitt, wo er die Frage aufwirft, ob durch Anwendung der sog. Generalklauseln die Rechtssicherheit in Frage gestellt werde[125]). Dabei nennt Schmitt als Generalklauseln: gute Sitten, Treu und Glauben, Zumutbarkeit, Nichtzumutbarkeit, wichtigen Grund usw., jedoch nicht die B., die uns aber mitgemeint scheint.

---

[121]) H. Frank in Nat.-Soz. Hdb., Kap. Grundsätze d. nat.-soz. Rechtsdenkens und Rechtswollens, Einl. XV.

[122]) Vgl. jedoch R. Höhn, Gemeinschaft als Rechtsprinzip, i. Deutsches Recht (1934) 301 ff.

[123]) Diesem Grenzfall trägt z. B. der Billigkeitsparagraph (§ 32) des RErbhG Rechnung.

[124]) Im contrarius defectus (vgl. besonders § 18 Anm. 122) glauben wir, das wichtigste und zuverlässigste Kriterium für die Anwendbarkeit der aeq. im Einzelfall sehen zu können. Contrarius defectus kann mit solider Wahrscheinlichkeit angenommen werden, wenn die Befolgung eines Gesetzes voraussichtlich etwas nach sich zieht, was dem Zweck des betreffenden Gesetzes oder eines übergeordneten (Rahmen- oder Natur-) Gesetzes widerspricht. — Eine umsichtige und eingehende Sonderuntersuchung des contrarius defectus als Beitrag zur juristischen Methodenlehre wäre sehr notwendig.

[125]) Carl Schmitt, Ueber die drei Arten d. rechtswissenschaftlichen Denkens (Hamburg 1934) 58 ff.

„Vom Standpunkt des bisherigen positivistischen Glaubens, der davon ausging, daß nur die Verbindung von gesetzgeberischer Entscheidung und Regel, die diesen Positivismus ausmacht, Rechtssicherheit verbürge, sind . . . Warnungen vor den Generalklauseln und Besorgnisse wohlbegründet."[126]) Sobald aber Generalklauseln „nicht auf die individualistische bürgerliche Verkehrsgesellschaft, sondern auf das Interesse des Volksganzen bezogen werden, ändert sich in der Tat das gesamte Recht, ohne daß ein einziges ‚positives' Gesetz geändert zu werden brauchte". C. Schmitt ist daher der Ueberzeugung, daß sich in den Generalklauseln eine neue juristische Denkweise durchsetzen könnte[127]). Doch dürfe sie dann nicht als bloßes Korrektiv des bisherigen Positivismus, sondern müsse als das spezifische Mittel eines neuen rechtswissenschaftlichen Denktypus gehandhabt werden: des konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens.

Damit sind wir an das axiomatische Zentralproblem unserer Untersuchung herangekommen. „Konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken" muß seinem Begriff nach ausgerichtet sein auf die Ordnung, wie sie wirklich ist und wie sie, dem natürlichen Drange nach Vollkommenheit entsprechend und den realen Möglichkeiten gemäß, gestaltet werden kann. Für ein konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken in diesem Sinne tritt auch die B. ein. Wir werden sonach nun das konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken im Verhältnis zu den größeren von der B. gewahrten Realitätskreisen zu betrachten haben.

§ 68. Als sog. „Lehre von der Institution" findet sich ein „konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken" — darauf weist C. Schmitt hin[128]) — bei Maurice Hauriou (1856—1929)[129]). Hauriou ging von der Praxis des französischen Verwaltungsrechts aus, dessen organisches Wachstum er in vierzigjähriger Arbeit beobachtet hat. Er gelangte zur Anschauung eines régime administratif, d. h. eines lebendigen französischen Verwaltungsorganismus, der sich nach eigenen naturgemäßen Gesetzen entfalte.

---

[126]) Vor ihnen warnte J. Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln (Jena 1933).

[127]) H. Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht (Tübingen 1933) 16 ff., hat die Generalklauseln als Vehikel des Naturrechts, als Träger neuer Rechtsgedanken, als Einbruchstellen neuer Ideen, als „Kuckuckseier im liberalistischen Rechtssystem" angesehen und sie als ein Zeichen der Ueberwindung des Rechtspositivismus gedeutet. Vgl. Schmitt 59.

[128]) C. Schmitt 55—58.

[129]) Maurice Hauriou, Notes d'Arrêts (1928) und Jurisprudence administrative (1930).

Haurious Schüler, Georg Renard hat[130]) die besagte Lehre mit den naturrechtlichen Gedanken des Thomas v. Aquin verbunden und damit die religiösen Realitäten in den konkreten Ordnungskreis einbezogen.

Wie aber das „institutionalistische" Rechtsdenken in der Ausprägung Haurious nicht auf den Kreis des Utilistischen und Biologischen beschränkt zu werden braucht[131]), so braucht es in der Ausprägung Renards nicht zu einem historisch vorgegebenen Schulschema verengt zu werden. (Diese Einschränkung lehnt C. Schmitt ab.) Beide Gefahren können durch uneingeschränkte Sicht überwunden werden. Durch Tendenz zu einer uneingeschränkten Sicht wächst „konkretes" Ordnungs- und Gestaltungsdenken zu einem — wie wir es nennen wollen — ontologischen aus, d. h. zu einem Ordnungs- und Gestaltungsdenken, dem alles, reales und ideales Sein als wirklich gilt[132]). In diesem vollen Sinne können alte und neue Gedanken zuversichtlich aufgenommen und verarbeitet werden, und zwar unter Vermeidung der Mißverständnisse und Mißdeutungen, als ob solche Verarbeitung aus der politischen Tendenz „einer bloßen Restauration vergangener Dinge und Konservierung überalterter Einrichtungen" geschehe[133]).

Es bedarf keines Beweises, daß die greifbaren Momente jeweiliger Nahziele — also die gemeinhin „real" genannten — das Rechtsleben stärker bewegen als die weniger greifbaren und z. T. „idealen" Momente der Fernziele. Dadurch werden aber die weniger greifbaren und idealen Momente keineswegs weniger gültig[134]). Sie sind und bleiben rationes iuris, für deren Verletzung oder Vernachlässigung die B. allemal in dem Maße ein-

---

[130]) Georg Renard, La Théorie de l'Institution, Essai d'ontol. juridique (Paris 1930) und L'Institution, fondement d'une renovation de l'ordre social (Paris 1933).

[131]) Allg. vgl. Nic. Hartmann, Grundzüge einer Metaphysik d. Erkenntnis (Berlin-Leipzig 1925) 75: „Es läßt sich ... gar kein Grund einsehen, warum der metaphysische Gehalt eines Phänomens [für uns also eines Rechtsphänomens] der Beschreibung nicht zugänglich sein sollte. Die Phänomenologie kann ihn sogar als solchen gar nicht vom Unmetaphysischen unterscheiden. Ihr Geschäft ist nur die Exposition des im Phänomen Vorhandenen."

[132]) Vgl. Nic. Hartmann, Zur Grundlegung der Ontologie (1935), bes. IV.

[133]) Vgl. und unterscheide C. Schmitt 58.

[134]) Nic. Hartmann zeigt a. a. O. (Ontologie), daß das ideale Sein (das Mathematische, das Sosein der Dinge und Akte, das Logische und die [sittlichen, rechtlichen und anderen] Werte) mit dem realen Sein eng verbunden ist. Das ideale Sein des Allgemeinen und Wesenhaften kann nicht aus dem Gefüge des Realen herausgerissen werden; man würde dann die Einheit der Welt verfehlen, in der das der Seinsweise nach Heterogene fest verbunden ist.

tritt, als sie den Rechtssubjekten bekannt sind. Eine Rechtsphilosophie, die ontologisches Ordnungs- und Gestaltungsdenken üben und aufweisen will, muß daher den Blick auf alle erkennbaren rationes iuris lenken und ihre verschieden starke Verbindlichkeit aus letzten Gründen zu erklären versuchen[135]).

§ 69. Einen solchen Versuch hat W. Sauer in seiner Lehre vom „Juristischen Grundgesetz" gemacht[136]). Sauer berücksichtigt freilich nicht ausdrücklich die B. — von der wir tunlichst ausgehen wollen — wohl aber die Generalklauseln (zu denen die Billigkeitsparagraphen gehören), das Problem der richtigen Auslegung, der Gesetzeslückenfüllung, der Gesetzesanalogie und das Entscheiden contra legem[137]). Für diese Probleme — und für das Recht überhaupt — sucht er Prinzipien. Dabei unterscheidet er seine Auffassung von der der Freirechtsschule (§ 56) dadurch, daß diese es unterlasse, einen „sozialen Ueberbau in Gestalt eines obersten Gesetzes zu errichten" und „allein auf den sozialen Unterbau, die Interessenlage der Beteiligten", verweise[138]).

Das von Sauer gemeinte oberste Gesetz, das den sicheren Maßstab für die Entscheidung von Rechtsfällen gewährleiste, ist das „Juristische Grundgesetz". Es beurteilt die menschlichen Wertstrebungen vom Standpunkte des Staates aus; es verlangt Erhaltung und Förderung des Staatsganzen[139]). Diesem, dem „Nahziel" der juristischen Tätigkeit, entspricht die „Rechtssicherheit". Ihre stets anzustrebende, nie vollendbare Vertiefung findet die „Rechtssicherheit" durch die „Gerechtigkeit"; diese ist das „Fernziel" der juristischen Tätigkeit. „Das aus dem Volke geborene Nahziel, jene Uebereinstimmung der Wertstrebungen der Rechtsgenossen, wie sie das Gemeinwohl ergibt, enthält bereits einen Anklang an das Fernziel."[140]).

Das zunächst also auf Gemeinwohl bedachte Wertstreben, von dem das juristische Grundgesetz und alle Rechtstätigkeit abhängt, geht des weiteren auf die 6 „absoluten Werte": Richtigkeit (im Sinne der Logik und Mathematik), Wahrheit (im Sinne der Naturwissenschaften und deskriptiven Kulturwissenschaften),

---

[135]) Vgl. Aristoteles, nach dem die Philosophie τῶν πρώτων ἀρχῶν καὶ αἰτιῶν θεωρητική ist (Metaph. A 2, 982, b, 9), und Cicero, der sie als „rerum divinarum et humanarum causarumque quibus hae res continentur scientia" verstand (De offic. II, 2).

[136]) W. Sauer, Das juristische Grundgesetz, Eine Vereinfachung der Gesetze (Stuttgart 1923); erweitert und vertieft in Lb. d. Rechts- und Sozialphilosophie (Berlin 1929) 115 ff., 226 ff. (wonach wir zitieren).

[137]) a. a. O. 236—43.

[138]) a. a. O. 230.

[139]) a. a. O. 227 f.

[140]) a. a. O. 228.

Schönheit, Gerechtigkeit (im Sinne staatlich gesicherter sozialer Harmonie), Sittlichkeit, Heiligkeit[141]). Die einzelnen absoluten Werte (die von den verschiedenen Wissenschaften gewahrt werden) bilden eine metaphysische Einheit, die in Gott ihren Inbegriff findet[142]). Insofern ist auch alle Rechtstätigkeit, praktische und doktrinelle, und vor allem das „Juristische Grundgesetz", nicht nur nach der Gerechtigkeit, sondern auch nach den übrigen absoluten Werten und somit letztlich auf Gott ausgerichtet[143]).

§ 70. Sauers „Ueberbau" reicht bis in die werttheoretischen Voraussetzungen des Rechts hinein. Doch sind die „absoluten Werte" — nach deren Stringenz und Einteilung bei Sauer hier nicht gefragt werden soll — ideale Momente, über die man näherhin uneinig ist.

Ihre rechtstheoretische Bedeutsamkeit — vom natürlichen „Zug der Werte" einmal abgesehen — wird sich aber um so eher und mehr erweisen lassen, je einsichtiger sich die ganzheitliche Verbundenheit der idealen Momente als „idealer Realitäten" mit den „gewöhnlichen Realitäten" (vgl. Anm. 134) empirisch dartun läßt. Eine aussichtsreiche Möglichkeit dazu bietet sich aus der realistisch-ethisch-transzendenten Naturrechtstradition, die auch in der neueren deutschen Rechtsphilosophie ein sehr beachtliches Schrifttum entfaltet hat[144]).

---

[141]) a. a. O. 115 ff.

[142]) a. a. O. 120.

[143]) Eine Methode der Anwendung des „Juristischen Grundgesetzes" entwickelt Sauer a. a. O. 232 f.

[144]) Die Erkenntnisbemühungen des realistisch-ethisch-transzendenten Naturrechtsdenkens der Antike und des Mittelalters bleiben für ein im vollen Sinne ontologisches Ordnungs- und Gestaltungsdenken von großer Bedeutung. Es muß als ein Verhängnis für Umfang, Tiefe und Gediegenheit unseres rechtsgeschichtlichen und rechtsphilosophischen Denkens erachtet werden, daß diese Erkenntnisbemühungen vielen rechtswissenschaftlichen Schriftstellern der letzten 100 Jahre überhaupt nicht mehr oder unzulänglich oder als unbedeutend bekannt waren und daß das besagte Geistesgut infolgedessen nicht selten dem Ungefähr und der Mißdeutung anheimgegeben war. Vgl. dazu die denkwürdigen Worte Jherings in der zweiten Auflage seines Werkes „Der Zweck im Recht" II [1886] 161. Eine Fülle von Unzulänglichkeiten in bezug auf die Geschichte des realistisch-ethisch-transzendenten Naturrechtsdenkens deckte Cathrein auf in „Recht, Naturrecht und pos. Recht" (Freiburg Br. 1909 [2]). W. Sauer erledigte in seinem sonst umfangreichen Lb. d. Rechts- u. Sozial-Philosophie (Berlin 1929) § 6 IV das Naturrecht auf wenig mehr als 1 Seite. In deutlicher Anlehnung an das Buch von Sauer und es ergänzend schrieb O. Schilling seine „Christl. Sozial- u. Rechtsphil." (München 1933). Die Auseinandersetzungen des Rechtspositivismus und der neueren deutschen Rechtsphilosophie mit dem Naturrecht treffen durchweg nur die individualistisch-gesellschaftlichen Arten

Gemeint ist die früher (§ 16) schon erwähnte und erst jetzt zu besprechende Lehre von der dreifachen Hinneigung der menschlichen Natur. Diese Lehre ist zwar nicht werttheoretisch, aber sie führt zum Werttheoretischen. Sie ist das Schema listisch-ethisch-transzendenten Naturrechtstheorie und deren Epikielehre.

Das besagte Schema umreißt die Ordnung der „obersten Prinzipien" sowie der „nächsten und entfernteren Folgerungen"

---

des Naturrechtsdenkens der Neuzeit und nicht das gemeinschaftsverbundene, die Eigenart der einzelnen Völker (secundum ordinem inclinationum in proprios fines, vgl. § 16) berücksichtigende realistisch-ethisch-transzendente ältere Naturrechtsdenken. Vgl. die an Tönnies orientierte Unterscheidung von (mittelalterlichem) Naturrecht der Gemeinschaft und (neuzeitlichem) Naturrecht der Gesellschaft bei H. H. Dietze, Naturrecht in der Gegenwart (Bonn 1936) 59—92. Vgl. auch E. E. Hölscher, Die ethische Umgestaltung etc. i. Bd. 59 (1932) d. Veröff. d. Rechts- u. Staatswiss. Sekt. d. Görres-Ges.; Johann Sauter, Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts (Wien 1932); O. Schilling, § 45, a. a. O. Es bleibt ein Verdienst der Neuscholastik — wie immer sie auch im größeren Rahmen gesehen werde — die bis auf Heraklit zurückreichende rechtstheoretische Tradition wieder dem rechtswissenschaftlichen Bewußtsein begrifflich gemacht zu haben. Daß es dabei nicht bei einer bloßen Neubelebung alter Schulen geblieben ist und auch nicht zu bleiben braucht, zeigen viele besonnene Stimmen der Gegenwart. Allg. vgl. Jakob Barion, Philosophia perennis als Problem und als Aufgabe (München 1936). Barion versucht keine Apologie einer bestimmten älteren oder neueren Schule, sondern versteht „philosophia perennis" im Sinne der immerwährenden Bemühung um die Wahrheit überhaupt. Speziell vgl. B. Brands, Die Bedeutung der Scholastik für die Rechtsphilosophie der Gegenwart mit bes. Beziehung auf Thomas v. Aquin, i. ArchRWPh 8 (1914/15) 71—87. Brands kommt zu folgendem Ergebnis:

1. Das Studium der mittelalterlichen Rechtsphilosophie sei notwendig, weil die Geschichte der Rechtsphilosophie die erforderliche Kontinuität zwischen der antiken Rechtsphilosophie einerseits und der neuzeitlichen Rechtsphilosophie andrerseits vermissen lasse [c. 1914].
2. Dieses Studium sei auch notwendig in Anbetracht der Geschichte des Mittelalters überhaupt, weil der jeweilige Zustand der Rechtsphilosophie und der jeweilige empirische Zustand der Welt in einem lebendigen Verhältnis der Wechselwirkung stehen.
3. Das Studium der mittelalterlichen Rechtsphilosophie sei nützlich, insofern als die mittelalterliche Rechtsphilosophie der Gegenwart vorbildlich sein könne in der Eingliederung der Rechtsphilosophie in den Organismus des gesamten Wissens.

Der Umstand freilich, daß die realistisch-ethisch-transzendente Naturrechtstradition sich durchweg in der theologischen Literatur erhalten hat, mochte wohl auf Inbeziehungsetzung dieser Tradition mit neuem rechtsphilosophischem Denken nicht selten hemmend und vorurteilbildend gewirkt haben. Eine nichttheologische Darstellung der besagten Tradi-

des Naturrechts. Diese stellen sich in unmittelbar einleuchtenden Rechtssätzen dar. Der allgemeinste prinzipielle Rechtssatz, von dem aus alle Sätze der Moral und des Rechts deduziert werden können, heißt: Das Gute ist zu tun, das Böse zu meiden.

Dieser formale Obersatz wird nun inhaltlich bestimmt gemäß der dreifachen Hinneigung des menschlichen Wesens: soweit der Mensch Substanz ist, neigt er zur Erhaltung seines Seins; soweit er Sinnenwesen ist, zur Erhaltung seiner Art (durch Zeugung und Erziehung); soweit er Vernunftwesen ist, zum sozialen und seinen geistigen Möglichkeiten entsprechenden (auch übernatürlichen Leben[145]).

Aus diesen unmittelbar einleuchtenden Prinzipien ergeben sich die „nächsten Folgerungen" (praecepta proxima), die ebenfalls unmittelbar einleuchten; sie sind im wesentlichen (obgleich nicht in systematischer Ordnung) im Dekalog ausgesprochen: man soll Gott ehren und die Alten würdigen, man soll nicht morden, nicht stehlen, ehebrechen und falsches Zeugnis geben.

Aus den „nächsten Folgerungen" ergeben sich die „entfernteren Folgerungen" (praecepta remota), die zwar auch unmit-

---

tion und ihrer Beziehungen zum neueren Rechtsdenken befindet sich i. ArchRWPh 16 (1922/23) mit Beiträgen von Cathrein, Eichmann, Grabmann, Haring, Mausbach, Schilling und Carl Schmitt.

Sehr zu beachten ist in diesem Zusammenhang C. A. Emge, Geschichte der Rechtsphilosophie (Berlin 1931) 9: Im Mittelalter „gelang auf dem Gebiet teleologischer Begriffsbildung in der Bewältigung der durch die Welt, das Ich und seine Bedürfnisse aufgeworfenen Fragen eine ungeheuere selbständige Leistung in der dogmatischen Spekulation, deren Bedeutung für die logische Bewältigung des Normativen heute selbst noch im Katholizismus verkannt wird. Das durch die Offenbarungslehre zwar gebundene, aber doch auf Wesentliches gerichtete Denken, noch nicht maßlos in Anspruch genommen von der Kontingenz der Außenwelt und ihrer Tagesfragen, machte in der Sphäre grundsätzlicher direktiver Gebilde große Fortschritte. Unabhängig von jeder positiven Offenbarung wurden in den Begriffen Gott, Nachfolger, Schöpfung, Geist usw. grundlegende direktive Sachverhalte entworfen, mit denen sich jede normative Disziplin auseinandersetzen muß, will sie nicht weiter in der Luft schweben." Vgl. dazu des näheren C. A. Emge, Der philosophische Gehalt der religiösen Dogmatik (München 1929); und in kritischer Würdigung dessen: Oskar Bauhofer, Der Sinn des Dogmas, i. Theol. Blätter (1929) 291 ff., und Erich Przywara i. d. „Tatwelt" (Juli/September 1929).

[145]) Thomas v. Aquin, S. th. I, II, q. 94, a. 2. Vgl. Hohenlohe, Die natürlichen Rechtsgrundsätze etc., i. ArchRWPh 12 (1918/19) 45 f.; Otto Schilling, Lb. d. Moraltheologie I (München 1928) Nr. 55.

telbar einleuchten, aber schon stark den Unvollkommenheiten der sprachlichen Formulierung und der sachlichen Kompliziertheit inhaerieren; solche praecepta remota sind: Vor Gemeinwohl weicht Privatwohl, Geliehenes ist zurückzugeben, Freies Gut kann man sich aneignen, Verträge sind zu halten, Betrügerische Rechtsgeschäfte sind nichtig, Gegen Gewalt darf man Gewalt brauchen, u. dgl. m.

Deduziert man von diesen Naturrechtssätzen „sicut conclusionem ex principiis", so ergibt sich das ius gentium als das allen Völkern gemeinsame Recht (nicht internationales Völkerrecht, aber Grundlage desselben); deduziert man „per modum particularis determinationis" (dies tut der Staat als Gesetzgeber), so ergibt sich das ius civile.

Auf das normative Schema der dreifachen Hinneigung der menschlichen Natur werden wir bei Erörterung der Epikie gegen Naturrecht noch einmal zurückkommen (§ 76). Jetzt bleibt bezüglich der realen Rechtsordnung festzuhalten, daß das realistisch-ethisch-transzendente Naturrechtsdenken der Gegenwart grundsätzlich a l l e erkennbaren Momente in den Kreis der normativen Ordnung einzubeziehen sich bestrebt, daß es durch ebendiese Tendenz zur Ganzheit niemals einen vollkommenen (adaequaten) Begriff der Rechtsordnung zu haben vorgeben kann, und daß es daher immer auf dem Wege dazu ist.

§ 71. Wenn wir hiernach und im Rahmen des Problemkreises „B. und reale Rechtsordnung" nun zusehen, welche Erwägungen das realistisch-ethisch-transzendente Naturrechtsdenken über die Epikie — von der wir ausgingen und zu der wir nun wieder zurückkehren — ausgesprochen hat, so sei gleich vorweggenommen, daß i n h a l t l i c h e Bestimmungen der realen Rechtsordnung in diesen Erwägungen über die Epikie kaum ersichtlich sind. Doch tritt auch bei diesen Erwägungen, die durchweg mehr praktischer Art sind, allemal die allgemeine Tendenz (der B. und des realistisch-ethisch-transzendenten Naturrechtsdenkens) zu möglichst vollkommener (vollständiger und genauer) Berücksichtigung der Ordnung hervor, also eine permanente a l l g e m e i n e Bestimmung der realen Rechtsordnung. Diese Tendenz ist in rechtsaxiomatischer Hinsicht zumindest richtungweisend.

Hiernach sei zunächst die Grundlehre des realistisch-ethisch-transzendenten Naturrechtsdenkens kurz umrissen, wie sie gegenwärtig vorgetragen wird[146]).

---

[146]) Nach O. S c h i l l i n g, Christl. Sozial- und Rechtsphilosophie (München 1933) § 19 p. 52 ff. Vgl. auch J. P. S t e f f e s, Das Naturrecht im Rahmen einer religionsphilosophischen Weltbetrachtung, i. Philos. Perennis, Festg. Jos. Geyser, hsg. v. F.-J. v. Rintelen, II (Regensburg 1930) 1019—1039.

Das Naturrecht ist das aus der Natur der Sache und zumal aus der sinnlich-geistigen Natur des Menschen sich herleitende, einleuchtende Recht. Zu seiner Erforschung sind demnach naturwissenschaftliche und ethische Betrachtungsweisen zu verbinden. Das Naturrecht ist ein Teil des sittlichen Naturgesetzes[147]), und dieses wiederum gründet letztlich in der lex aeterna (ratio Dei). Seine Kundgabe erfolgt zunächst durch das Gewissen. Soweit es sich auf konkrete Volksgemeinschaft bezieht, erlangt es erst im Staat und durch den Staat seine volle positive Entfaltung und Sicherung.

Das wichtigste ältere und neuere Material der traditionellen Epikielehre faßt Johann Haring zusammen[148]). Er orientiert sich hauptsächlich an Thomas v. Aquin und Suarez und betont nachdrücklich die Bedeutung der spätscholastischen Moralsysteme (Probabilismus, Tutiorismus etc., vgl. § 21) für die Theorie der Epikie[149]). Im Anschluß an Suarez untersucht Haring, ob Epikie eintrete, wenn im Einzelfall 1. die Erfüllung der Gesetzesforderung sittlich unerlaubt, oder 2. außergewöhnlich schwer oder moralisch unmöglich ist, oder 3., wenn nach vernünftigem Ermessen der Gesetzgeber im vorliegenden Falle nicht verpflichten wollte. Im Falle 1 trete keine eigentliche Epikie ein; es werde nur keine gesetzliche Verpflichtung als vorliegend angenommen[150]). Im Falle 2 könne etwas physisch oder moralisch Unmögliches natürlicherweise nie Gegenstand eines Gesetzes sein (Nemo potest ad impossibile obligari). Hinsichtlich der außergewöhnlichen Schwere (incommodum) eines Gesetzes sei auf die Wichtigkeit des betreffenden Gesetzes, auf die Größe des Uebels, welches aus der Nichtbeachtung folgt, und auf die gesetzgebende Autorität zu achten. Keinesfalls dürfe Epikie angewendet werden um einer allgemeinen in der Natur der Sache liegenden Schwere willen[151]). Fall 3, bei dem nach dem Willen des Gesetzgebers gefragt wird, biete ein weites Feld zur Betätigung des Probabilismus, in dem ein Zweifel zwischen Freiheit und Gesetzlichkeit zu entscheiden sei. Dieser Fall schließe zunächst eine Interpretation ein. Ueberhaupt macht Haring die Epikie weitgehend von Interpretation und außerdem von mildernden Gewohnheiten abhängig[152]). Zu der Frage, ob Epikie auch gegen Naturgesetz und positiv-göttliche Gesetze angewendet werden könne, erwägt Haring, daß diese Gesetze im Ge-

---

147) Vgl. o. die Definition i. § 51 (Anfang).

148) J. Haring, Die Lehre von der Epikie, Eine rechtswissenschaftlich-moraltheologische Studie, i. Theol.-prakt. Qschr. Jg. 52 (1899) 579 ff. und 796 ff.

149) a. a. O. 587 ff.

150) a. a. O. 796.

151) a. a. O. 797 ff.

152) a. a. O. 801 ff., 809.

gensatz zu den menschlichen Gesetzen zwar vollkommener seien, daß aber Naturgesetz und positiv-göttliches Gesetz in menschlicher Sprache und Weise ausgedrückt werde und insofern auch dessen Mängel aufweise[153]). (Vgl. § 76.) Es läuft also auch in dieser Hinsicht die Epikie auf Interpretation hinaus.

§ 72. Eugen Wohlhaupter, von dem wir die bislang gründlichste Studie über die aeq. (jedoch über die aeq. canonica) besitzen[154]), scheidet die aeq. streng von der Interpretation[155]) (auch von der Dispensation und bona fides) und betrachtet die aeq. als eine Methode zur Lösung der Normenkollision[156]). Den Zusammenhang von aeq. und Gewissen (vgl. Synteresis § 16) sieht er als einen Hinweis auf das Naturrecht als Prinzip der aeq. an. Die Lösung der Normenkollision besteht bei ihm in dem gewissenhaften Regreß auf das Naturrecht. Dabei weist Wohlhaupter auch auf die historische Funktion der aeq. hin, die wir in der steten Tendenz zur Gesetzesverbesserung erkannt haben[157]). In dieser Hinsicht stimmen die Ergebnisse Wohlhaupters weitgehend mit denen des neueren rechtsphilosophischen Denkens (besonders Binders) überein[158]). Die Forderungen des Gewissens in foro interno werden bei der aeq. in foro externo geltend gemacht[159]). Bei der Frage, ob aeq. auch gegen Naturgesetz anwendbar sei, verweist Wohlhaupter (wie Haring) auf die Unvollkommenheit der Formulierung der Naturrechtssätze, gegen die aeq. anwendbar sei[160]). In diesem Punkte ist auch bei Wohlhaupter aeq. = interpretatio.

§ 73. Xaver Linsenmann[161]) wendet sich gegen die Epikie als Selbstdispensation, die eine Vertauschung der Rollen von Gesetzesherr und Gesetzesuntertan bedeute. Epikie soll nur in großen Verhältnissen angewendet werden, so bei der Kollision zwischen Gesetzesbuchstaben und dem Genie des Staatsmannes, Diplomaten und Feldherrn[162]). Ueberdies bleibe sie immer eine nicht leicht zu lösende Gewissensfrage[163]).

[153]) a. a. O. 806 ff.

[154]) E. Wohlhaupter, Aequitas canonica, Bd. 56 (1931) d. Veröff. d. Rechts- u. Staatswiss. Sekt. d. Görres-Ges.

[155]) Zur Unterscheidung von Epikie und Interpretation vgl. Göpfert, Moraltheologie I (Paderborn 1913) 89.

[156]) W. 188 ff.

[157]) W. 191 ff.

[158]) W. 125, 192.

[159]) W. 188 f.

[160]) W. 186 f.

[161]) Xaver Linsenmann, Lb. d. Moraltheologie (Freiburg 1878) 79 ff.

[162]) Diesbezüglich sei auch hingewiesen auf den politischen Epikiefall (actio salutis), den Theod. Meyer erörtert. Vgl. dessen Institutiones iuris naturalis seu philosophiae naturalis universae (Freiburg 1885) I, 301 und II, 464 ff.; W. 124.

[163]) W. 126.

Eine typologisch lehrreiche Erscheinung ist Rudolf von Scherer, der einzige Kanonist, der als Gegner des Naturrechts bekannt ist[164]). Er lehnt die Möglichkeit und Notwendigkeit der Epikie ab. Wohlhaupter sieht darin von der negativen Seite her einen Beweis dafür, daß Epikie und Naturrecht miteinander stehen und fallen.

Aus der Reihe der neueren Moraltheologen sei lediglich noch Mausbach angeführt[165]). Er orientiert sich betr. die Epikie wie Haring an Thomas v. Aquin und Suarez. Bemerkenswert sind die von Mausbach angedeuteten Schranken der Epikie; sie sei unzulässig: a) wenn der Gehorsam gegen das Gesetz im Einzelfalle zur Probe der Sittlichkeit und Religion als solcher sich zuspitzt; b) wenn ein freigewählter Stand bestimmte heroische Opfer fordert; c) wenn das Gesamtwohl den unbedingten Gehorsam nötig macht (z. B. im Kriege).

Die übrigen Werke der neueren Moralphilosophie und -theologie, die viel klärende Gedanken zur Praxis der Epikie beitragen, bieten in axiomatischer Hinsicht nichts Neues. Auch die hier angeführten Daten geben der Mehrzahl nach praktische Anweisungen und theoretische Repristinationen. Das Wichtigste ist bei Haring und Wohlhaupter zusammengefaßt[166]).

§ 74. Die axiomatischen Momente, die aus der Epikielehre des neueren realistisch-ethisch-transzendenten Naturrechtsdenkens traditioneller Herkunft zum Ausdruck kommen, sind dieselben, die uns schon bei der Scholastik begegneten: Gott (ratio Dei), Physis (natura), Gemeinschaft (communitas), Person (conscientia). Ihre praktische Unabdingbarkeit, ihre Uebereinstimmung mit den allgemeinen Forderungen der Sittlichkeit, ihre metaphysische und anthropologische Spannweite und Gründigkeit sprechen allemal für eine — nie restlos erkennbare, aber, soweit erkannt, stetig verpflichtende — umfassende reale Ordnung.

Aus dem hier und früher Gesagten wissen wir, daß das realistisch-ethisch-transzendente Naturrechtsdenken sowohl der Natur des Menschen überhaupt als auch den Eigentümlichkeiten der Völker, Stämme, Familien und Individuen (per modum particularis determinationis) Rechnung trägt. Damit trägt es sowohl den nächsten und besonderen (im gewöhnlichen Sinne „realen") als auch den ferneren und allgemeinsten (im gewöhnlichen Sinne „idealen") Zielen Rechnung.

---

[164]) R. v. Scherer, Hdb. d. Kirchenrechts, vgl. zum Folgenden bes. I (Graz 1886) 176; W. 125/26.

[165]) Josef Mausbach, Kath. Moraltheologie I (Münster 1927) § 22, p. 88 ff.

[166]) Die materialerschließenden Arbeiten von Haring und Wohlhaupter in Verbindung mit den formal bedeutsamen Gedanken von Kiß und Binder (§§ 57, 59) werden jeder systematischen Arbeit über die B. zugrunde gelegt werden müssen.

Freilich bedarf es und besonders das normative Schema von der dreifachen Hinneigung der menschlichen Natur einer mit den Mitteln der neueren Anthropologie und anderer einschlägiger Wissenschaften zu erarbeitenden exakten Unterfangung[167]). Eine solche wird zwar der hypothetischen Mittel nicht ganz entbehren können und auch nicht zu entbehren brauchen. Sie wird aber — wird sie „logischer Magerkeit" entraten wollen — in Breite und mit Genauigkeit auf die „Sache" eingehen müssen[168]) [169]). Auf diese Weise wird auch sie letztlich ins Werttheoretische führen und die rationes iuris als Funktionen eines möglichst exakt unterbauten und hypothetisch ergänzten „geordneten Systems von Größen" zu bestimmen versuchen (worauf wir hier nur hinweisen können)[170]).

Die Billigkeit und das Problem der absoluten und relativen Rechtsgleichheit.

§ 75. Setzen wir nun eine — je vollkommener zu erkennende — reale Wertordnung voraus, so ergibt sich die Frage, ob bei rechtlichem Anordnen und Begehren die Rangordnung der Werte (d. i. die Stellung der Werte in der Ordnung) zu berücksichtigen sei. Sagt man, sie sei zu berücksichtigen, so muß erklärt werden, wie eine solche Berücksichtigung in Ansehung der „Gleichheit vor dem Gesetze" zu rechtfertigen sei; m. a. W.: das Problem der absoluten und relativen Rechtsgleichheit ist zu klären.

---

[167]) Eine sinngemäße (bezüglich der rechtspositivistischen Folgerungen aber kritische) Mitheranziehung der epikuräischen und Hobbesschen Naturrechtsgedanken wäre dem realistisch-ethisch-transzendenten Naturrechtsdenken durchaus möglich.

[168]) Der Trieb der Philosophie, an der „Einheit alles Wissens festzuhalten", erhält „erst Spannung und Kraft", „wo er sich gewissermaßen gegen ein Maximum von Stoff durchgesetzt hat". E. Rothacker, Einl. i. d. Geisteswiss. (1930) 275.

[169]) Unbeschadet der materialen Vorgegebenheiten des Rechts bleiben immer auch die apriorischen (und zwar beide als natürliche Vorgegebenheiten) weiter zu erforschen. Inwiefern freilich die apriorischen Grundlagen des Rechtes als der „Natur" entgegenstehend erachtet werden können, hängt davon ab, was man unter „Natur" versteht, ob man nämlich die apriorischen Grundlagen des Rechts für „natürlich" hält oder nicht; vgl. o. § 4, Anm. 17 (Reinach).

[170]) In letzter Hinsicht vgl. S. Behn, Phil. d. Werte (München 1930). Ueber die Möglichkeit einheitlicher Zusammenfassung der verschiedenen philosophischen Wertlehren vgl. F.-J. von Rintelen, Die Bedeutung des philosophischen Wertproblems, i. Philos. Perennis, Festg. Jos. Geyser, II (1930) 929—971, u. Der Wertgedanke i. d. Europ. Geistesentwicklung I (1932) 1—81.

Den Gedanken der absoluten und relativen Rechtsgleichheit hat R. A. Pollack mit Hilfe mathematischer Symbolisierung analytisch zu klären versucht[171]). Pollack geht von der Erwägung aus, daß jedes Gesetz die Gleichsetzung von Rechtsmaterien unterstelle. Insofern sei das Prinzip der Gleichheit das Grundprinzip des Rechtes[172]). Da dieses Prinzip in jeder Wissenschaft angewandt werde, sei jede Wissenschaft irgendwie „Gesetzeswissenschaft".

Pollack unterscheidet Identität und Gleichheit (Gleichsetzung). Die Identität hat die einfache Form A = A, die Gleichsetzung A = B. Der Unterschied zwischen beiden Formen besteht darin, daß bei der Gleichsetzung die Individualisierungsmerkmale verschieden bleiben, alle anderen aber als gleich angenommen werden. Sind die Merkmale von A und B, deren es unendlich viele gibt, a, b, c . . ., die Individualisierungsmerkmale von A und B α und β, so hat die Identität die Form A (= a, b, c ... α) = A (= a, b, c ... α), die Gleichsetzung dagegen A (= a, b, c ... α) = B (= a, b, c ... β). Werden die Glieder der Gleichsetzung A = B mit einem Dritten (x) verglichen, so läßt sich dieser Vergleich in der Proportion A : x = B : x darstellen. In dieser Proportion gelten alle Merkmale von A und B als gleich, mit Ausnahme der Individualisierungsmerkmale α und β. Pollack nennt jede Gleichung von der Form A : x = B : x absolute Gleichheit.

Sind nun außer den Individualisierungsmerkmalen α und β auch noch andere Merkmale verschieden, etwa a bei A von a^1 bei B, so muß — will man vergleichen — dieser Verschiedenheit durch Mehrdeutigkeit[173]) des Vergleichsdritten (x, x^1) Rechnung getragen werden. Es wird dann nicht mehr die Proportion A : x = B : x gelten, sondern A : x = B : x^1. Dieser Formel entspricht nach Pollack die relative Gleichheit.

Dabei entfernen sich x und x^1 voneinander um so mehr, je zahlreicher bei A und B die verschiedenen Merkmale (a und a^1, b und b^1, c und c^1 usw.) sind und je größer die Verschiedenheit dieser einzelnen Merkmale ist. Sie nähern sich einander um so mehr, je weniger verschiedene Merkmale vorkommen und je geringer ihre Unterschiede sind. Sieht man von diesen Verschiedenheiten der Merkmale untereinander ab — mit Ausnahme der Individualisierungsmerkmale, durch die A und B überhaupt unterschieden werden können — so wird x = x^1, d. h. die Formel der relativen Gleichheit geht in die der absoluten Gleichheit über.

---

[171]) R. A. Pollack, Ueber Rechtsprinzipien, i. ArchRWPh 13 (1919/20) 110—134.

[172]) a. a. O. 115.

[173]) Die Mehrdeutigkeit kommt bei Pollack nicht klar zum Ausdruck.

Diese Unterscheidungen auf das Recht angewandt führen zu folgendem Schema:

Rechtlich wird alles gleich beurteilt, und zwar

nach dem absoluten Gleichheitsprinzip:	nach dem relativen Gleichheitsprinzip:
Rechtlich wird alles als absolut gleich beurteilt.	Rechtlich wird alles insofern als als gleich beurteilt, als es den in Rücksicht kommenden Relationen in gleicher Weise gemäß ist.

Praktisch stellt jeder einzelne Rechtssatz ein Kompromiß der beiden Gleichheitsprinzipien dar, und zwar durch das Gegenübertreten von „Regel" und „Ausnahme"; dem Prinzip der absoluten Gleichheit entspricht die „Regel", dem der relativen Gleichheit die „Ausnahme". „Jede Zusammenstellung von Regel und Ausnahme bei der Formulierung eines objektiven Rechtes ist die Beurkundung eines vorläufig stillstehenden Kampfes" beider Prinzipien. Der Kampf selbst ist die Rechtsentwicklung[174]).

Für uns ist die vorstehende Analyse insofern aufschlußreich, als der Gedanke der relativen Rechtsgleichheit für die B. grundlegend ist. Er begegnete uns schon bei Aristoteles (§ 9), der die Unterscheidung von arithmetischer und geometrischer Rechtsgleichheit eingeführt hatte. Auch erinnern wir an die zu Anfang unserer Arbeit gemachte Unterscheidung von aequitas und aequalitas, wobei aequitas sich als relative und aequalitas sich als absolute rechtliche Gleichheit zeigte (§ 7). Endlich sei auch an Binder erinnert (§ 59), der den unendlichen Prozeß der Rechtsverbesserung aufwies.

Nach dem Gesagten können wir den unendlichen Prozeß — sozusagen den „Prozeß" zwischen Recht und B. vor dem Forum der Gerechtigkeit — als die zunehmende Justifizierung von Werten ansehen, die dem Gange der Erkenntnis und den auftretenden Situationen gemäß je gelegentlich und mit dem noch nicht erfüllten Anspruch auf Berücksichtigung ihrer Stellung in der Ordnung zunächst als „Ausnahmen" auftreten. Wir werden dadurch wiederum auf die Erkenntnis — letztlich philosophische Erkenntnis — als conditio sine qua non der Jurisprudenz hingewiesen.

Epikie gegen Naturgesetz.

§ 76. Nachdem wir nun die B. durchweg kennen gelernt haben als naturrechtlichen Regreß auf die Idee der Gerechtigkeit, bleibt noch die Frage, ob es Epikie gegen Naturgesetz gebe, zu erörtern.

---

[174]) Pollack sucht das des näheren zu erklären an der Rechtsproblematik der „Freiheit" und der „Entgeltung", worauf wir hier nicht einzugehen brauchen.

Wir hatten gesehen, daß Cajetanus Epikie gegen praecepta in plurimis casibus vera, jedoch nicht gegen praecepta universaliter vera des Naturgesetzes anerkannte (§ 18). Auch Alfons v. Liguori hielt Epikie gegen lex naturalis für möglich (§ 21). Beide setzten zur Anwendung der Epikie immer einen contrarius defectus voraus (vgl. § 18, Anm. 122 und § 66, Anm. 124). Haring (§ 71) und Wohlhaupter (§ 72), die auch den Gedanken „Epikie gegen Naturgesetz" erwägten, verweisen auf die Unzulänglichkeit der sprachlichen Formulierung der Naturrechtssätze, hinsichtlich deren (der Formulierung) Epikie möglich sein könne. Damit ist aber noch nicht entschieden, ob Epikie gegen Naturgesetz selbst anwendbar ist. Allgemein ist die Frage kontrovers. Sie ist schwer zu entscheiden, da die „Prinzipien" des Naturrechts sowie deren „nähere" und „entferntere" Folgerungen nicht von allen Moralisten und Rechtsphilosophen in gleicher Weise abgegrenzt worden sind[175]).

Die Ueberlegung ergibt, daß Epikie praktisch um so eher möglich ist, je partikulärer ein Gesetz und je allgemeiner es innerhalb seiner Partikularität formuliert ist. Die nicht vollständige Entsprechung von partikularem Zweck und allgemeiner Form des Gesetzes ist eine Ursache der iniquitas (die wir bei Thomas v. Aquin als das Gegenteil der aequitas kennen lernten (§ 17)). Diese iniquitas kann behoben werden, wenn man den partikularen Einzelzweck, wofern die betreffende Gesetzesform ihm nicht „adäquat" entspricht, der allgemeineren Form eines naturrechtlichen Obersatzes unterstellt und eine „billige" Einzelentscheidung bzw. ein neues Gesetz deduziert[176]).

Die Sätze des Naturrechts — soweit sie überhaupt formuliert sind — sind zwar auch allgemein formuliert, ja noch allgemeiner als die Partikulargesetze. Aber ihr Zweck ist auch allgemein: nämlich die Sicherung der ersten Absichten der Natur gemäß der dreifachen natürlichen Hinneigung (§ 70). Diese Absichten der Natur, sind in jedem Falle erfüllbar und zu erfüllen. Daher ist Epikie gegen sie, wenigstens gegen die „obersten Prinzipien" und die „praecepta proxima", innerlich unmöglich; sie sind vielmehr der Rechtsgrund der Epikie. Auch gegen die „praecepta remota" ist sie allgemein unmöglich. Aber in ihnen, die bereits ins Partikuläre greifen, kann iniquitas von Form und Zweck u. U. schon auftreten. Wir erinnern an das vielzitierte Gleichnis vom Schwert des Wahnsinnigen (§ 17). Auch zu den Sätzen „Freies Gut kann man sich aneignen", „Gegen Ge-

---

[175]) Haring 807 f.

[176]) Ein instruktives Beispiel für solche Adäquation bietet das bekannte Gesetz betr. die Entziehung elektr. Arbeit, vgl. § 45, Anm. 29.

walt darf man Gewalt brauchen" oder dgl. sind Umstände denkbar, die eine „Ausnahme" rechtfertigen[177]).

Solche „Ausnahmen" finden aber einen hinreichenden Erklärungsgrund, wenn man — wie Haring und Wohlhaupter — die Epikie lediglich gegen die unvollkommene (in obigen Fällen zu allgemeine) sprachliche Formulierung des Naturrechtssatzes wendet. Alsdann wendet sich die Epikie nicht g e g e n das Naturgesetz, sondern durch den Buchstaben hindurch z u m Naturgesetz. Das gleiche gilt bei Epikie gegen positives Gesetz, si propter universalitatem deficit. Insofern bleibt die Epikie gut zu erklären: als naturrechtliche, durch die genannte dreifache Hinneigung geleitete regulative Funktion[178]). Alsdann ist auch zu verstehen, inwiefern die Naturrechtssätze nicht starre Sätze, sondern elastische Prinzipien sind[179]).

Epikie gegen w i r k l i c h e s Naturgesetz ist also nicht möglich. Ohne lex naturalis entbehrte die Epikie der ultima ratio iuris. Im Zweifel — natürlich im e c h t e n Zweifel — ist zu erforschen, was im Einzelfall w i r k l i c h naturgesetzlich sei.

Damit weist auch die letzte Frage der Problematik der B. die Jurisprudenz auf die Notwendigkeit zunehmender und unausschließlicher Erkenntnis; zu erkennen bleibt je die reale und totale Ordnung als rechtsaxiomatische Summe.

---

[177]) Zum Problem der Epikie in praeceptis remotis vgl. S c h i l l i n g, Moraltheol. I, 104.

[178]) Vgl. Constantin H o h e n l o h e, Der Begriff der Billigkeit und die Anwendung von Billigkeitsrücksichten in der Rechtspflege, i. Das Neue Oesterreich, II. Jg. (1917/18) 46—57. Hohenlohe ist vor allem für ein billiges Schadenersatzrecht eingetreten.

[179]) S c h i l l i n g, a. a. O. 60.

V.
Zusammenfassung und Hinweise

Rechtsaxiomatisches Ergebnis.

§ 77. Wir haben die in der Geschichte vorfindlichen rechtsphilosophischen Daten über die B., soweit sie in axiomatischer Hinsicht relevant sind, betrachtet.

Im Verlauf der Thematik der B. sahen wir, daß die B. durchweg in Korrelation zum Gedanken des Naturrechts auftrat und sich als naturrechtliches Moment bekundete. Die Problematik der B. zeigte sie als ein unabdingbares Moment des Rechts überhaupt.

Bei dieser Betrachtung sahen wir ferner, daß die B. durchweg für möglichst vollkommene Berücksichtigung aller rationes iuris eintritt, soweit solche bekannt sind.

Als rationes iuris traten besonders hervor: das naturgemäße Wesen der Dinge und des Menschen, das Wohl der Gemeinschaft und die Würde der Person, die Moralität und die Wahrhaftigkeit; fernerhin: Gegenseitigkeit, geometrische Gleichheit, Sicherheit, Rücksichtlichkeit und totale Sinnhaftigkeit.

Eine systematische Ordnung dieser und anderer rationes iuris zu erstellen, war nicht unsere Aufgabe. Wir erkannten aber, daß B. in dem Maße fungiert, als reale Ordnung überhaupt erkannt ist.

Das primitive Zueinander der rationes iuris zeigte sich als durch das Rechtsgefühl gesichert. Aus ihm fungiert die B. instinktiv und unmittelbar.

Die genaueren und höheren Zusammenhänge aber vermögen das Rechtsgefühl und damit die B. erst vermittels der Erkenntnis zu modifizieren. Insofern verweist die B. auf stete Bemühung um zunehmende und unausschließliche Erkenntnis der realen (auch die Idealitäten einschließenden) Ordnung als der Grundlage des Rechts. Sonach ist billiges „Ermessen" auch ein Problem der Bildung. Jurisprudenz, Rechtsphilosophie und einschlägige Einzelwissenschaften gehören zusammen!

Da die zunehmende und unausschließliche Erkenntnis, auf die die B. verweist, sukzessiv geschieht und dabei je neue Ordnungsparzellen und Korrelationen relevant werden, ist die B. ein stetiges Moment der Gesetzesverbesserung. Sie fungiert durchdauernd als Entwurf jeweilig „besseren" Rechtes.

§ 78. Diese Ergebnisse sind Vorergebnisse. Sie fußen zwar auf der B. als Faktum. Auch erkannten wir dieses Faktum als ein unabdingbares Faktum, dessen Verbindlichkeit wir durch nahezu vollkommenen „consensus philosophorum" bezeugt fanden. Das Zeugnis der Philosophen aber für die B. war im großen und ganzen ein sehr allgemeines Zeugnis, ein Zeugnis, das zwar durch die Stringenz des Naturrechtsgedankens und die Autorität der Männer, die es ausgestellt haben, glaubwürdig ist, das aber sozusagen nur erst im Entwurf vorliegt und dessen genauere Ausfertigung noch aussteht.

Unsere Untersuchung konnte und wollte sonach nur eine Voruntersuchung sein. Wir waren lediglich bestrebt, die aufschlußreichsten Daten des rechtsphilosophischen Denkens über die B. herauszustellen und zuzusehen, welche Zugänge zur Axiomatik des Rechts sich von diesen Daten aus eröffnen.

Dabei sahen wir, daß die B. als Kriterium des Rechts (z. B. bei durch Fortschritt überholtem Gesetz, bei schiefer Gesetzesanwendung, bei scheinbarer Gesetzeserfüllung und rechtsstrittigen Spitzfindigkeiten, bei Ueberspannung und Aushöhlung von Gesetzen, bei Generalklauseln und Auslegungsregeln, bei Lückenausfüllung und Abwendung untragbarer Härten) immer nur einen vagen Hinweis auf die Ordnung gab, eben einen Hinweis auf die besser zu erkennende Ordnung.

Damit ist das Postulat der B. auch als ein wissenschaftliches Postulat gekennzeichnet. Es verweist auf die Notwendigkeit steter Zusammenarbeit der Jurisprudenz mit der Philisophie und den Einzelwissenschaften. Dieses Postulat ist praktisch und theoretisch bedeutsam; praktisch in Bezug auf zunehmende Verwirklichung der Gerechtigkeit, und theoretisch hinsichtlich zunehmender Erkenntnis der rationes iuris.

Will man — was im folgenden Kapitel noch angedeutet werden soll — von der B. aus genauere Bestimmungen der rationes iurius ermitteln, so wird es nötig sein, konkrete Daten der B. im Lichte verschiedener (besonders anthropologischer) Wissenschaften streng zu erforschen und von dem so gefestigten Grunde aus speziellere rechtsaxiomatische Reduktionen anzustellen.

Ueber die Möglichkeit genauerer rechtsaxiomatischer Reduktionen von der Billigkeit aus.

§ 79. Wenn wir früher (§ 4) von der methodologischen Bedeutung des Naturrechtsgedankens sprachen, so meinten wir damit, daß das faktische Nebeneinander von billigem Recht und positivem Recht im Verlauf der Thematik der B. aus dem Gedanken des Naturrechts erklärt worden ist und daß die Problematik

der B. aus demselben Gedanken erklärt und sogar gelöst werden kann. Wir bezeichneten das Naturrecht als die hypothetische Voraussetzung, auf die der Geist der Iustitia in der Geschichte sich selbst zurückgeführt habe.

Eine solche Zurückführung kann als Form der logischen Reduktion betrachtet werden.

Die logische Reduktion[1]) schließt nicht wie die Induktion (die mehr den Wirklichkeitswissenschaften eignet) vom Besonderen auf das Allgemeine, auch nicht wie die Deduktion (die am meisten der Mathematik — aber auch der Ethik und Rechtslehre — eignet) vom Allgemeinen auf das Besondere, sondern von der Folge auf den Grund. Sie vollzieht einen „Rückschluß" von der (bekannten) Konsequenz auf eine mögliche (unbekannte) und u. U. notwendige Voraussetzung. (Induktion und Deduktion haben in der Philosophie nur in Verbindung mit vor- bzw. nachgehender Reduktion einen Sinn.)

Die Momente, von denen die Reduktion ausgeht, sind Erfahrungsgegebenheiten. Sie schließt auf Sätze bzw. Prinzipien, deren Geltung diese Gegebenheiten zur Voraussetzung haben. Dazu bedarf sie nicht wie die Induktion einer Reihe von Erfahrungsdaten, sondern sie kann bereits auf ein einziges empirisches Datum bauen[2]).

Die Reduktion ist (umgekehrt wie die Deduktion) die Konstruktion eines Syllogismus, bei dem der Schlußsatz und der Untersatz gegeben sind, der Obersatz aber gesucht wird[3]). Mindestvoraussetzung des sinnvollen Vollzuges dieser umgekehrten Konstruktion ist die Möglichkeit des Obersatzes. Die Reduktion führt so zunächst nur zu einer Hypothese; ihr Ergebnis ist nicht sicher, sondern mehr oder weniger wahrscheinlich. Doch wird die Wahrscheinlichkeit durch jede Erscheinung, die mit der Hypothese in Einklang steht, größer[4]).

---

[1]) Vgl. z. Folg.: Ákos v. Pauler, Grdl. d. Philosophie (Berlin-Leipzig 1925) 15—18; ders. Logik (Berlin-Leipzig 1929) 269—289; Sigwart, Logik II (Tübingen 1904) § 82.

[2]) v. Pauler, Log. 270.

[3]) v. Pauler, Log. 277 ff.; Sigwart, Log. § 82.

[4]) A. Lehmen, Lb. d. Phil. I (Freiburg Br. 1917[4]) 125 behandelt die Hypothese unter den Wahrscheinlichkeitsbeweisen: „Die Hypothese ist die vorläufige Annahme, daß eine bestimmte Ursache gewisse Erscheinungen begründe". Jede Erscheinung, „die mit der Annahme in Einklang steht, beweist zwar nicht die Wahrheit der Hypothese, gibt ihr aber eine wachsende Wahrscheinlichkeit. Findet die Hypothese eine ausnahmslose Bestätigung, so wird sie zur Theorie und kann als wissenschaftliche Erklärung von Erscheinungen betrachtet werden." Vgl. auch Reinstadler I, 115 (argumentum per hypothesim). — Zuweilen läßt

Die in unserer Arbeit betrachteten Daten der B. können als solche „bestätigenden Erscheinungen" in Bezug auf das Naturrecht angesehen werden. Doch sind sie so, wie wir sie bei den Naturrechtsdenkern gefunden und hier aufgewiesen haben, nicht formal, sondern verkürzt auf das Naturrecht reduziert; d. h. einige Elemente der umgekehrt zu konstruierenden Syllogismen sind als „offensichtlich" nicht genannt, oder m. a. W.: sie sind stillschweigend vorausgesetzt (wie z. B. beim sog. Enthymem)[5]. Darin steckt freilich eine große Fehlerquelle, aus der viele Widersprüche des rechtsphilosophischen Denkens erklärt werden können.

Sind aber faktische Daten (oder auch nur ein faktisches Datum) der B. einzelwissenschaftlich genau festgestellt (etwa als rechtsgeschichtliche oder schlechthin historische Tatsache), und ist das Wesen der B. von einer Einzelwissenschaft (etwa von der Psychologie) aus klar geworden, so können die Ergebnisse dieser Feststellungen als „Erfahrungsgegebenheiten" (s. o.) gelten und als Schlußsatz bzw. Untersatz eines umgekehrt zu konstruierenden Syllogismus eingesetzt werden, zu dem dann der Obersatz zu suchen ist. Der Syllogismus muß dergestalt ausfallen, daß sich aus dem (der Sache nach also hypothetischen) Obersatz vermittels des (der Sache nach bekannten) Untersatzes der (der Sache nach ebenfalls bekannte) Schlußsatz stringent folgern läßt.

Wie gesagt, sind solche Reduktionen von einem einzigen Faktum aus möglich. Wollten wir aber nur von einem einzigen Faktum der B. aus Reduktionen durchführen, so könnte das Ergebnis wohl richtig sein, aber es wäre zur Verbindlichkeit nicht „gewichtig" genug. Die Durchführung solcher Reduktionen gewinnt erst dann „Gewicht", wenn sie durch Breite und Gründlichkeit gediegenen und nicht einseitigen Sachwissens fundiert werden[6].

Bei solcher Fundierung würden die älteren und alten rechtsphilosophischen Gedankenverbindungen und hypothetischen Versuche, die ihre dokumentarische und methodologische Bedeutung behalten, mitberücksichtigt und ergiebiger angewandt werden können.

---

sich aber die Reduktion durch ein indirektes Ausschließungsverfahren auch in einen vollgültigen Beweis verwandeln; Sigwart II, § 82, 6.

[5]) Das enthymema hat die Form: „Der Wald bewegt sich nicht; Also bewegt sich die Truppe." Der vollständige Syllogismus müßte heißen: „Entweder bewegt sich der Wald oder die Truppe; Der Wald bewegt sich nicht; Also bewegt sich die Truppe." Vgl. Lehmen I, 111; Reinstadler I, 106: Enthymema est syllogismus in quo una praemissa, animo retenta, voce non exprimitur. Die Fehlerquelle des Enthymems wird um so größer je geringer die sachliche Kontrollmöglichkeit ist.

[6]) S. o. § 74, bes. Anm. 168 (Rothacker).

Alsdann bliebe zu erwarten, daß eine größere rechtsaxiomatische Untersuchung — zu der unsere Hinweise einen Ansatz bieten wollten — die asymptotische Linie der Billigkeit: Recht — Erkenntnis — Gerechtigkeit, genauer bestimmen und begründen könnte.

Lebenslauf.

Am 15. Juni 1902 wurde ich, Carl Joseph Hering, zu Aachen geboren. Nach Besuch der Volksschule und einer mittleren technischen Lehranstalt war ich 16 Jahre technisch und kaufmännisch, zuletzt leitend, in der Industrie tätig. Nebenher betrieb ich philosophische sowie literatur- und sprachwissenschaftliche Studien, vorwiegend am Deutschen Institut der Technischen Hochschule in Aachen. 1934 ließ mich der Herr Reichs- und Preußische Minister für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung auf Grund der im Ministerium abgelegten sog. Begabtenprüfung zum ordentlichen Universitätsstudium zu. Ich bezog die Universität Bonn und studierte dort u. a. vornehmlich Philosophie, Pädagogik und Geschichte sowie verwandte Gebiete der Rechtswissenschaft. Die philosophische Doktorprüfung bestand ich am 24. November 1937.